

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LES CONTRATS DE PUBLICITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le samedi 14 mars 1925, à 3 heures

PAR

Lucien DEMORTAIN

Président : M. RIPERT, professeur

Suffragants { *MM. HÉMARD, professeur*
JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, chargé de cours

PARIS

LIBRAIRIE DALLOZ

11 RUE SOUFFLOT, 11

—
1925

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LES CONTRATS DE PUBLICITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le samedi 14 mars 1925, à 3 heures

PAR

Lucien DEMORTAIN

Président : M. RIPERT, professeur

Suffragants { *MM. HÉMARD, professeur*
JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, chargé de cours

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ

11 RUE SOUFFLOT, 11

1925

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



LES CONTRATS

DE PUBLICITÉ

INTRODUCTION

Dans son sens le plus général, la *publicité* est le caractère de ce qui est public. Ainsi quand on parle de la publicité des audiences du Tribunal ou des séances de la Chambre des députés, on entend par là que le public est admis à y assister.

On fait acte de publicité quand on rend une chose publique : tel est le cas d'un particulier qui, possédant une œuvre d'art, autorise le public à venir l'admirer.

On fait aussi acte de publicité quand on s'efforce de faire connaître au public sa propre personne, ses qualités ou son talent : Alcibiade coupe la queue de son chien pour exciter la curiosité des frivoles athéniens ; Louis XIV fait assister Boileau au passage du Rhin ; une actrice perd volontairement son collier de perles ; un homme de lettres fréquente assidûment les salons où l'on rencontre des académiciens... On dit qu'ils soignent « leur publicité ».

On fait encore acte de publicité quand on propage une idée, une croyance, une opinion : un savant fait des conférences pour faire connaître ses découvertes ; un homme politique organise des réunions dans lesquelles il expose le programme de son parti ; le gouvernement d'un Etat crée des services de propagande dans les pays étrangers... C'est toujours de la publicité.

Le champ de la publicité est immense. Du moment où l'activité humaine n'est plus renfermée, dès qu'elle éprouve le besoin de faire connaître ses efforts ou ses résultats et qu'elle rend publiques une chose, une idée, une personne, elle fait acte de publicité.

C'est le moment de répéter le joli mot de Lamartine :
« Dieu lui-même a besoin que l'on sonne les cloches. »

* * *

Est-ce cette publicité, dans ce sens large et vague qui fait l'objet de notre étude ?

Aucunement. Nous entendons limiter notre matière à la seule publicité commerciale.

Qu'entend-on par là ?

On pourrait la définir ainsi : *celle qui est faite par les commerçants dans le but de vendre leurs produits.*

Mais, dans une étude juridique, on est bien obligé de donner aux mots leur sens juridique, quand ils en ont un. Or, la distinction que fait le Code de commerce entre commerçants et non-commerçants est vraiment trop peu en rapports avec la pratique moderne. Ainsi le propriétaire, cultivateur ou vigneron, ne fait pas acte de commerce lorsqu'il vend les produits de sa récolte même après les avoir travaillés. Pourtant s'il fait insérer une annonce dans un journal ou s'il fait poser des affiches vantant les qualités de ses produits, ces actes de publicité ne nous paraissent pas devoir être éliminés d'une étude sur la publicité commerciale.

Nous aurons l'occasion, à plusieurs reprises, d'examiner si tels actes de publicité sont civils ou commerciaux, selon

les règles du Code de commerce, de la doctrine et de la jurisprudence.

Pour le moment, ne nous arrêtons pas à cette distinction. Par « Publicité commerciale » nous entendons celle qui est faite, d'une façon générale pour favoriser le développement du commerce, de l'industrie, de l'agriculture, etc...

Nous pouvons maintenant la définir :

La publicité commerciale est l'ensemble des moyens mis en œuvre pour faire connaître au public une entreprise commerciale, industrielle ou agricole, le convaincre de la supériorité de ses produits, lui en suggérer le besoin et l'inciter à les acheter.

La publicité commerciale n'est pas autre chose que la publicité, telle qu'on peut la concevoir dans ses termes les plus généraux, mais envisagée dans le domaine des affaires commerciales. Nous avons rencontré des personnes qui voulaient porter à la connaissance du public leurs actes, leur talent, le résultat de leurs études, etc... Ici, nous rencontrons des hommes d'affaires qui s'efforcent de livrer à la connaissance de ce même public les produits et les denrées qu'ils vendent.

* * *

Il est inutile d'insister sur l'importance sans cesse croissante de la publicité. Il suffit de regarder autour de soi pour en être convaincu. Les uns disent que la publicité est une science, les autres que c'est un art, mais tous reconnaissent qu'elle constitue une des manifestations les plus importantes de la vie commerciale moderne.

A cette activité économique correspond une activité juri-

dique dont l'importance n'est pas moindre. En particulier, les contrats formés dans le but de réaliser des actes de publicité, sont d'un usage fréquent et les difficultés qui naissent à leur occasion méritent de retenir l'attention.

Or, il est curieux de constater que l'étude de la publicité dont les économistes ont proclamé l'importance et étudié soigneusement le rôle dans les affaires n'aient pas plus retenu l'attention des juristes.

Aujourd'hui, aucun ouvrage d'auteur dont le nom et la réputation fassent autorité n'est consacré à cette matière ; les grands traités de droit civil et de droit commercial semblent ignorer les relations juridiques nées des contrats de publicité ; les revues, même, dont le but est pourtant d'entretenir le lecteur des questions d'actualité ne font que de rares allusions à cette matière si riche en développements juridiques et si féconde en conséquences pratiques.

Quant à la Jurisprudence, elle est à la fois nombreuse et diffuse, faute de direction doctrinale. Comment pourrait-il en être autrement quand l'on n'est seulement pas d'accord sur la nature des contrats que les tribunaux ont à interpréter ?

A notre connaissance trois ouvrages ont été consacrés, au moins en partie, à l'étude juridique de la publicité et à cette occasion ont envisagé la question des contrats de publicité qui est l'objet de notre étude.

D'abord le plus ancien, et le plus important, est une thèse de M. Feltaine, intitulée *La publicité commerciale* (1). Cet excellent ouvrage, malheureusement, ne traite que de la publicité par la presse et délaisse complètement l'intéressante question de l'affichage. De plus, il date de 1903 et, durant ces vingt dernières années les conceptions rela-

1. Ed. Feltaine, *La Publicité commerciale*, Caen, Thèse 1903.

tives à la publicité ont singulièrement évolué. En revanche, le contrat de publicité y est l'objet d'une étude importante.

En 1906, parut à Bruxelles un ouvrage intitulé *Le Journal* dont l'auteur M. Duplat, consacre un chapitre aux contrats de publicité par la presse et particulièrement aux intermédiaires de publicité (1). Ce chapitre fut publié en 1908 dans les *Annales de Droit commercial*.

Enfin, le troisième ouvrage est plus récent. C'est une thèse éditée en 1923 intitulée *La publicité commerciale au point de vue juridique* par M. Albucher (2). Rédigée sur le même plan que la thèse de M. Feltaine, elle apparaît comme un complément de cette dernière et étudie certaines questions d'actualité relatives à la presse seulement.

Ainsi, aucun ouvrage sur la publicité par l'affichage ; et sur la publicité par la presse, trois ouvrages dont une partie est consacrée au *contrat de publicité par la presse*.

On conviendra que c'est insuffisant pour créer une doctrine solide capable de guider la jurisprudence. Aussi, les praticiens de la publicité ont-ils tenté de combler cette lacune en publiant en 1922, au nom de leur Chambre syndicale un *Code des usages de la publicité* (3).

On connaît l'importance des usages en droit commercial. « Les usages, dit M. Thaller, disposent d'une très « forte autorité en matière commerciale. C'est en réalité

1. Duplat, *Le Journal*, Bruxelles, 1906.

2. Albucher, *La Publicité commerciale au point de vue juridique*, Paris, Thèse 1923.

3. D'autres groupements ont aussi tenté de fixer les usages professionnels, mais le Code des usages de la Publicité est le plus important.

« de l'usage que tout ce droit est sorti, c'est par lui qu'il « se reforme sans cesse » (1).

Cependant, il ne faut pas s'y méprendre, l'usage n'a de valeur que pour suppléer à la convention. Il doit s'incliner aussi bien devant la loi que devant l'intention commune des parties. « On doit présumer, *en fait*, dit encore M. Thaller, que les parties ont voulu se référer dans leur marché, « faute de le détailler, à la manière usuelle de faire, telle « qu'elle est pratiquée dans leur partie professionnelle. »

Il faut féliciter la Chambre Syndicale de la publicité d'avoir publié un code fixant les usages concernant cette profession.

Mais le Code ne s'est pas contenté de cela. Il a carrément légiféré à l'encontre des lois et principes juridiques. Nous aurons l'occasion d'en signaler maints exemples.

A ce point de vue il est sans valeur juridique ; ou plus exactement, il ne vaut qu'à titre de renseignement concernant les usages en la matière.

Au contraire quand il se borne à indiquer certains usages professionnels auxquels les parties sont susceptibles de s'être référées, et qui ne sont contraires ni à la Loi, ni aux principes juridiques communément admis, ni même à l'intention avouée des parties, le Code des Usages de la Publicité est d'une utilité incontestable pour déterminer la loi des parties.



Comme l'indique notre titre, l'objet de notre étude n'est point *la publicité commerciale* en général, mais spéciale-

1. Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, p. 45

ment le *contrat de publicité*. Puisque nous avons défini l'un, il serait bon de définir l'autre.

Mais c'est justement là que réside l'une des principales difficultés relatives à notre sujet. La définition du contrat de publicité n'est pas inscrite dans les Codes ou dans les Lois. La pratique se sert de cette expression, sans qu'elle ait jamais éprouvé le besoin d'en déterminer le sens exact.

La première partie de notre étude s'occupera spécialement de la définition et de l'analyse juridique du contrat de publicité. Or, nous verrons que les moyens usités pour réaliser l'acte de publicité sont innombrables et que les contrats conclus à cette occasion peuvent revêtir des aspects très divers. Nous nous efforcerons de déterminer les traits communs à tous ces contrats et nous leur donnerons une définition de portée générale.

Cependant, après avoir exposé une théorie soutenant que tous les contrats de publicité ont une nature juridique semblable, nous montrerons qu'au contraire on réunit sous un même vocable des contrats ayant un but commun, la réalisation d'un acte de publicité mais dont les natures juridiques sont différentes.

De la longue énumération des divers actes de publicité, nous déduirons qu'en réalité deux variétés de contrats méritent spécialement qu'on les étudie, tant par leur importance pratique que par leur originalité : *la location d'emplacement en vue de l'affichage* et *le contrat de publicité par la presse*. Ils formeront respectivement l'objet de la deuxième et de la troisième partie de cette étude.

Mais, dans ces deux parties, nous supposerons que le contrat est formé directement entre l'individu qui veut réaliser l'acte de publicité et celui qui lui en fournit le moyen.

En fait, il en est rarement ainsi. On peut même dire qu'un intermédiaire s'interpose normalement entre les deux parties. Mais le rôle de ces intermédiaires de publicité, agents, fermiers, concessionnaires, courtiers, etc... est si complexe que nous avons préféré étudier d'abord le contrat de publicité dans l'hypothèse où il est conclu directement, et donner une vue d'ensemble du rôle des intermédiaires dans une partie spéciale qui sera la quatrième de notre étude. La clarté de notre exposé est à ce prix.

Dans cette quatrième et dernière partie, après avoir analysé soigneusement les fonctions des intermédiaires et déterminé la nature juridique des contrats qui les lient aux uns et aux autres, il ne nous restera plus qu'à indiquer les difficultés nées spécialement du fait de la présence de l'intermédiaire, sans revenir sur les problèmes qui ont déjà été examinés dans les deuxième et troisième parties et dont la physionomie n'est pas modifiée du fait de la présence de l'intermédiaire. Il est du reste à noter que de nombreux arrêts et jugements cités à propos des contrats conclus directement entre l'annonceur et le publicateur ou propriétaire d'emplacements sont relatifs à des espèces où un intermédiaire est en présence. Mais comme celui-ci, dans ces hypothèses ne modifie pas l'aspect du contrat, nous avons préféré citer ces arrêts à cet endroit et réserver à la quatrième partie la seule étude des questions soulevées par la présence de l'intermédiaire.

PREMIÈRE PARTIE

DÉFINITION DU CONTRAT DE PUBLICITÉ

Dans cette première partie, nous nous proposons d'analyser les éléments qui sont à la base des conventions ayant pour objet la réalisation des actes de publicité, de dégager les caractères communs à ces conventions, et de donner une définition de celles-ci.

Nous rechercherons ensuite si toutes ces conventions ont une nature juridique identique, ou si, au contraire, ce sont des conventions dont la nature juridique est variable, mais qu'un but commun caractérise suffisamment pour qu'on puisse les grouper dans une même appellation.

Les moyens de Publicité

Qu'on veuille bien se rappeler la définition que nous avons donnée de la publicité commerciale : *l'ensemble des moyens mis en œuvre pour faire connaître au public une entreprise commerciale, industrielle ou agricole, la convaincre de la supériorité de ses produits, lui en suggérer le besoin et l'inciter à les acheter.*

Cette définition laisse prévoir que « les moyens » employés par les commerçants sont innombrables. L'activité des techniciens en invente continuellement de nouveaux ou perfectionne les anciens, c'est là une chose bien

naturelle : l'attention du public étant sollicitée de tous côtés, chacun s'efforce de l'accaparer.

Diverses classifications ont été proposées. Comme toutes les classifications, chacune d'entre elles répond à un but déterminé et est conçue suivant un point de vue spécial.

Voici celle qui nous paraît le mieux convenir à l'objet de notre étude et nous conduire le plus sûrement à la définition du « contrat de publicité » (1).

Nous classons les « moyens de publicité » en quatre catégories : la publicité par la marchandise, la publicité orale, la publicité par l'imprimé, la publicité par l'affichage.

1^o LA PUBLICITÉ PAR LA MARCHANDISE

Ce sont les moyens de publicité qui atteignent le public lorsqu'il est en présence de la marchandise elle-même, des endroits où elle est en vente et des personnes qui s'occupent de la vente (2). M. Angé en donne une liste très complète : la marque de fabrique, l'emballage, l'aspect extérieur du magasin (façade, étalage, enseigne), l'organisation intérieure du magasin (comptoirs, rayons de vente, entrée libre, agréments offerts aux clients tels que salons de thé, concerts), les conditions de vente (crédit, reprise de la marchandise, livraison à domicile), l'éducation commerciale du personnel du magasin, des commis-voyageurs, des démonstrateurs, la politique de vente et ses amorces particulières (primes, cadeaux, ventes spéciales,

1. Cette classification est empruntée en partie à celle de M. Hemet dans son *Traité pratique de publicité commerciale et industrielle* (II, p. 5 et suiv.), et à celle de M. L. Angé dans son *Manuel de publicité* (p. 87 et suiv.). Ces deux ouvrages ont été édités en 1922.

2. Angé, *op. cit.*, p. 87.

expositions, soldes, ventes au rabais), les foires, marchés et expositions, la dégustation, etc., etc... Nous sommes bien en présence de « moyens de publicité », c'est-à-dire de moyens destinés à faire connaître une entreprise au public, à le convaincre de la supériorité de ses produits, à lui en suggérer le besoin et à l'inciter à les acheter.

En pratique, cependant, on range plutôt ces moyens dans le cadre de l'organisation commerciale que dans celui de la publicité. Un commerçant qui les aura pratiqués, avec le plus grand soin affirmera néanmoins qu'il ne « fait pas de publicité ».

En réalité, ce commerçant fait des actes de publicité. Seulement « cette catégorie de publicité, c'est la publicité « naturelle, la publicité d'essence directe et primitive, la « publicité que se fait à elle-même la marchandise par sa « constitution, sa présentation, et ses conditions et circonstances de vente. C'est la publicité automatique, la publicité « citée au premier degré, celle qui résulte d'une bonne « organisation de la vente, sans parler des qualités de la « fabrication (1) ».

2° LA PUBLICITÉ ORALE

Elle est vieille comme le monde. Les historiens de la publicité la considèrent comme la première forme de la réclame (2). Est-il besoin d'en parler aujourd'hui ? La publicité a, certes, dépassé le stade des crieurs publics de Rome et du Moyen Âge. Mais, sans insister sur le cas des

1. Angé, *op. cit.*, p. 90.

2. V. le remarquable historique de la publicité dans l'ouvrage de M. Feltaine que nous citerons souvent : *La publicité commerciale*, Caen, thèse 1903.

marchands de journaux et autres petits commerçants qui attirent l'attention du public par des cris, n'avons-nous pas vu une agence de publicité mettre à la disposition de commerçants, des crieurs dont la mission était d'annoncer à haute voix, dans les rues et sur les boulevards, le nom d'un industriel ou le titre d'une nouvelle publication ? Cette méthode renouvelée des temps anciens n'a pas obtenu un succès durable. Mais on cite souvent, comme type de publicité originale, celle qui fut imaginé en Angleterre par un fabricant de savons : celui-ci délèguait des « gentlemen » qui abordaient les Londoniens dans les rues en disant : « Have you used Pear's soap ? » (1) N'est-ce pas de la bonne publicité orale ?

La publicité orale, d'autre part, a tendance à se moderniser par l'utilisation des découvertes de notre siècle. Après la publicité par téléphone, n'avons-nous pas la publicité par phonographe et par T. S. F. ?

Un fabricant de crayons américain eut l'idée de faire précéder ses représentants qui devaient visiter les détaillants d'un colis contenant un disque de phonographe. « Peu de « commerçants recevant un tel article par la poste, sans « qu'il leur en coûte quoi que ce soit, peuvent résister au « désir de l'entendre, ne fût-ce qu'une fois. Naturellement « tous les gens présents se réunissent autour du phonographe... » et une puissante voix de baryton clame alors les mérites du crayon P. et annonce l'arrivée du représentant (2).

Des agences de publicité ont offert d'organiser des concerts radiophoniques dans lesquels on intercalerait certaines annonces commerciales. Voilà encore la véritable

1. O. Gerin et Espinadel, *La publicité suggestive*, p. 5.

2. *La Publicité*, revue mens., juillet 1920, p. 388.

publicité orale. Elle est originale, mais son importance est bien minime.

3° LA PUBLICITÉ PAR L'IMPRIMÉ (JOURNAUX ET PROSPECTUS)

C'est, avec l'affiche, la publicité par excellence. Son rôle est considérable.

M. Hémet, en termes heureux, divise les moyens de publicité par l'imprimé en deux catégories (1).

D'une part, il range « les journaux quotidiens, politiques, les revues, les magazines, les journaux périodiques, illustrés ou non, les organes techniques, et, en « général, *toutes les publications ayant un but ou une « raison d'être indépendants de la publicité mais qui « peuvent servir de véhicules à cette dernière* ».

D'autre part, il oppose à cette première catégorie « les « brochures, catalogues, circulaires, papillons, prospectus, les encartages dans les publications ouvertes ou « fermées, les lettres personnelles ou *omnibus* et, en « général, tout ce qui n'a pas une destination absolument « anonyme et qui va de l'annonceur à un individu déterminé et dont l'objet est uniquement, et à l'inverse du « journal, la publicité ». Cette distinction nous paraît essentielle.

Complétons l'énumération de M. Hémet en ajoutant à la première catégorie, la publicité dans les ouvrages dont la périodicité est moins fréquente (almanachs, annuaires) ou même dans les ouvrages non périodiques (indicateurs de chemin de fer, programmes, guides, etc...). On peut même encore y ajouter la publicité sur les billets de che-

1. Hémet, *op. cit.*, p. 5.

mins de fer ou tramways, sur les fiches des bureaux de poste, etc. Si nous appliquons la distinction de M. Hémet, en effet, nous sommes tenus de ranger dans des catégories différentes, la publicité obtenue par le prospectus dont « l'objet est uniquement la publicité » et celle qui est obtenue sur un ticket de transport qui, évidemment, n'a été créée dans ce but.

Quant à l'encartage que M. Hémet classe dans la deuxième catégorie, nous préférons le voir dans la première.

L'encart ressemble au prospectus, quant à la forme. Mais ce qui le caractérise c'est son mode de distribution : il fait partie du périodique ou du volume dans lequel il est placé et qui lui sert de « véhicule ».

4^o LA PUBLICITÉ PAR L'AFFICHAGE

Il faut donner au mot « affiche » son sens le plus large et entendre par là toute réclame placardée dans un lieu public.

« Par affiche, dit M. Chambonnaud (1), il faut entendre toutes espèces de structures qui peuvent être vues du public, depuis la machine à voler jusqu'aux pierres du trottoir. »

Aujourd'hui, on affiche partout : sur les murs, sur les pignons, sur les panneaux, sur les palissades, devant les maisons en constructions, ou des travaux de voirie, dans les salles d'attente, et sur les quais des gares, le long des lignes de chemin de fer, sur les poteaux-trolleys de

1. *Les Affaires et leur lancement*. Paris, 1922, p. 160.

tramways, à l'intérieur des voitures de transports en commun, sur les toits et sur les vitres de ces mêmes voitures, dans les couloirs du métropolitain, sur les marches d'escalier et même sur le trottoir, sur les rideaux de théâtre, dans les halls d'hôtels, etc...

A l'affiche, il faut assimiler le pavillon aux couleurs d'une firme, qui flotte sur un immeuble; un homme-sandwich, une voiture de livraison sont des affiches ambulantes; un écran de cinéma est une sorte d'affiche; l'avion qui inscrit dans le ciel le nom d'un industriel peut même être considéré comme un afficheur...

L'affiche peut être en papier, en toile, en zinc ou en toute autre matière; elle peut être peinte directement sur le mur, le panneau, etc.

Une distinction est nécessaire. Il y a deux sortes d'affichage : *en pose simple* et *en conservation* (1).

Dans l'affichage *en pose simple* on colle l'affiche sur un emplacement sur lequel on n'a aucun droit. On profite d'une tolérance du propriétaire et on s'expose à voir son affiche recouverte très rapidement.

Dans l'affichage *en conservation*, au contraire, on commence par s'assurer le droit exclusif d'afficher sur tel emplacement, en traitant avec le propriétaire.

Les techniciens et praticiens de la publicité, sont unanimes à préférer l'affichage *en conservation*.

L'importance de l'affichage *en pose simple* diminue chaque jour, les propriétaires pouvant retirer un profit appréciable de leurs emplacements en en cédant la jouissance à une agence. Du reste, ce mode d'affichage ne se conçoit guère que sur les murs et les palissades.

1. O. Gérin, *Précis intégral de publicité*, p. 156.

*
* * *

Il faut citer, enfin, un autre mode de publicité très répandu, la *publicité par l'objet*. Ce mode de publicité ne forme pas une catégorie spéciale, mais rentre au contraire dans l'une ou l'autre des catégories précédentes. Un commerçant distribue gratuitement à ses clients des objets divers : échantillons de son produit, buvards, porte-allumettes, crayons, etc... Nous pouvons facilement assimiler ces objets aux prospectus qui sont distribués d'une façon analogue ; la forme matérielle seule a changé.

Un commerçant donne des tableaux réclame, des calendriers artistiques ou des vides-poches à ses clients dans l'espoir que ceux-ci ne manqueront de les accrocher dans des endroits bien en vue. Ne peut-on comparer ce mode de publicité à l'affichage en pose simple ? L'annonceur compte sur les possesseurs de ces objets pour qu'ils les accrochent : il n'a donc pas à supporter des frais de pose, mais en revanche les objets donnés doivent être luxueux ou assez utiles pour que ceux qui les détiennent aient l'idée de les accrocher en bonne place.

Enfin, dans certains endroits publics, les bureaux de poste, par exemple, certains objets tels que buvards, sous-mains, classeurs, baromètres, thermomètres, sont mis, ou bien à la disposition du public, ou bien à la portée de sa vue.

Ces objets comprennent des emplacements susceptibles de recevoir de petites affiches et des commerçants peuvent obtenir le droit d'y placer une annonce pendant un temps déterminé. Cela ne ressemble-t-il pas étrangement à l'affichage en conservation ?

Cette classification des « moyens de publicité » en usage dans le monde du commerce est loin d'être parfaite. Une simple énumération serait déjà difficile à faire : on peut toujours trouver un autre « moyen de publicité » plus ou moins usité, au besoin, on peut même l'imaginer.

Mais si nous nous contentons d'énumérer les *grands moyens de publicité* c'est-à-dire ceux qui sont employés le plus fréquemment et qui constituent véritablement la base normale de toute publicité commerciale, nous constatons que les théoriciens de la publicité sont unanimes à en découvrir trois : le journal, le prospectus et l'affiche (1). Les deux premiers correspondant à ce que nous avons appelé la publicité par l'imprimé et le troisième à la publicité par l'affichage.

Le contrat de publicité

Cette énumération des « Moyens de publicité » va nous permettre de définir le « Contrat de Publicité ».

M. Feltaine dit : « Nous nommons contrat de publicité la convention formée en vue de la publication d'une annonce (2) » M. Feltaine réserve cette appellation à la seule convention tendant à l'insertion d'une annonce dans un périodique.

Il faut reconnaître que, dans le langage courant, étant données l'importance de la publicité par la presse et l'originalité des conventions qu'elle suscite, on a tendance à réserver le nom de « contrat de publicité » au contrat d'insertion d'annonce dans un périodique.

1. Hemet, *op. cit.*, p. 135 et suiv. ; O. Gérin, *Précis intégral de publicité*, p. 2 ; Chambonnaud, *Les affaires et leur lancement*, p. 160.

2. Feltaine, *op. cit.*, p. 85.

Mais si important que soit ce mode de publicité, il est loin d'être le seul. L'énumération que nous venons de donner en est la preuve ; aussi, nous estimons qu'une appellation d'une portée aussi générale ne peut être restreinte à un genre unique de contrats.

La véritable définition du contrat de publicité doit s'appliquer à *tous* les moyens de publicité commerciale.

* * *

Pour qu'il y ait contrat de publicité, il faut que la personne qui désire faire l'acte de publicité, et que nous appelons *Annonceur* (1) n'ait pas en sa possession tous les éléments nécessaires à la réalisation de l'acte. Sinon, elle n'a pas besoin de conclure un contrat avec un tiers dans ce but.

Par exemple, quand un commerçant installe avec soin et avec goût son étalage, il fait *acte de publicité*. Mais il n'y a pas lieu de songer à un *contrat de publicité*, puisqu'il réalise l'acte lui-même ou avec l'aide de ses préposés.

Pouvons-nous admettre la réciproque et dire qu'il y a contrat de publicité, toutes les fois qu'un annonceur traite avec un tiers dans un but de publicité ?

1. L'expression « annonceur » a donné lieu à une controverse. La pratique employait indifféremment ce mot ou le mot « annonceur » pour désigner le commerçant qui fait acte de publicité et en particulier, qui conclut un contrat de publicité. Il en résultait des confusions regrettables, du fait que le mot « annonceur » existait déjà avec une acception très précise : l'annonceur est le typographe spécial qui, dans une imprimerie s'occupe de la composition des annonces. Aujourd'hui on est d'accord pour appeler annonceur, celui qui fait acte de publicité. Emile Faguet, consulté sur ce point de linguistique a été de cet avis. V. *La publicité*, revue mensuelle, juin 1905 et Hemet, *op. cit.*, p. 16.

Cette formule trop générale ne peut nous satisfaire. L'annonceur qui veut réaliser un acte de publicité a besoin à tous moments du concours des tiers. Mais les contrats qu'il passe avec eux, n'offrent rien de particulier : ils sont bien conclus dans un but de publicité, mais les prestations promises par les parties ne sont pas différentes de celles que l'on trouve dans des contrats qui portent des noms tout à fait autres.

Voici quelques exemples. Un commerçant désire faire de la publicité par prospectus. A cet effet, il conclut un contrat avec un imprimeur qui lui promet la fourniture d'une certaine quantité de prospectus, moyennant un prix fixé. Il n'y a aucun doute : si le commerçant a fait cette commande à l'imprimeur, c'est bien dans un but de publicité : dirons-nous qu'il y a « contrat de publicité » ? non ; le contrat conclu entre l'annonceur et l'imprimeur ne diffère en rien du contract conclu entre ce même imprimeur et le particulier qui commande des cartes de visite. L'intention de faire servir les prospectus commandés à la publicité n'est pas suffisante pour attribuer le nom de « contrat de publicité » à un contrat qui pourrait être conclu, à tous moments, dans un but autre que celui-là. Dira-t-on qu'il y a contrat de publicité, quand ce même annonceur charge un individu de distribuer des prospectus au public ? Cela dépend : si l'individu est un préposé du commerçant et si le commerçant l'emploie à cette besogne, il y a un simple louage de services. Mais si l'individu n'est pas un préposé et s'il s'engage spécialement à distribuer les prospectus, il y a accord de volonté en vue de la réalisation d'un acte de publicité et alors nous pensons qu'il y a contrat de publicité.

Dans les deux cas, le contrat, en réalité, ne change pas

de nature : c'est toujours un louage de services. Mais cependant les *objets* des contrats ne sont plus exactement les mêmes. Quand un commerçant charge accidentellement son préposé de distribuer les prospectus, l'objet du contrat est simplement la prestation des services du préposé. Mais quand un tiers promet expressément au commerçant de distribuer des prospectus, l'objet du contrat est encore les services de ce tiers, mais fournis spécialement *dans le but de réaliser l'acte de publicité*.

Les services que le commerçant est en droit d'exiger de son préposé sont ceux que l'on peut habituellement escompter d'un préposé, tandis que si les services du tiers n'ont pas les qualités nécessaires à la réalisation de l'acte de publicité, le tiers malgré sa bonne volonté n'aura pas rempli son obligation.

Nous pouvons maintenant définir le contrat de publicité : *tout accord de volonté ayant pour objet la réalisation d'un acte de publicité*.

Ainsi, il y a contrat de publicité quand un individu charge un autre individu d'insérer une annonce dans un journal, de mettre à sa disposition un emplacement propre à l'affichage, d'apposer une affiche, de crier dans la rue le nom d'un produit, de faire inscrire par un avion son nom dans le ciel etc..., à condition toutefois que l'échange de volonté des parties ait pour objet la réalisation de l'acte de publicité. Au contraire, quand un commerçant, qui a inscrit son nom sur sa voiture de livraison, charge un individu de conduire cette voiture et de distribuer les objets vendus à domicile, quoiqu'il y ait par ce fait réalisation d'un acte de publicité, on ne peut dire qu'il y ait contrat de publicité : le chauffeur en effet, a été engagé

pour conduire la voiture et non pour réaliser un acte de publicité.

Cette définition peut encore être précisée, si nous y faisons pénétrer l'idée de *cause*.

Nous disons qu'il y a contrat de publicité quand les parties se sont mises d'accord pour réaliser un acte de publicité, ou, si l'on préfère, quand leur but commun a été la réalisation d'un acte de publicité.

Or, dans la terminologie juridique le but que l'on se propose d'atteindre par la voie d'une obligation, n'est-il pas justement la *cause* de cette obligation (1) ? « Toutes les fois qu'une personne s'oblige, dit M. Capitant, elle le fait en vue d'un but immédiat, direct, qui la détermine à faire naître l'obligation. C'est ce but qu'on appelle la Cause (2) ».

Justement le trait caractéristique du contrat de publicité, c'est que les parties ont en vue un but direct et immédiat qui est la réalisation de l'acte de publicité. Ce but s'identifie donc bien avec la cause du contrat.

Reprenons notre premier exemple. Quand un commerçant charge un imprimeur de lui fournir un certain nombre de prospectus qu'il se propose de faire distribuer, nous avons dit qu'il n'y avait pas contrat de publicité. En effet le but immédiat poursuivi par le commerçant, c'est d'obtenir de son co-contractant la fourniture des prospectus. Voilà la cause du contrat. Et si le commerçant se propose de réaliser plus tard un acte de publicité au moyen de ces prospectus, cette intention, indépendante de la prestation fournie par l'imprimeur, personnelle au commerçant et

1. Capitant, *De la cause des obligations*, Paris, 1923, n° 3.

2. Colin et Capitant, *Traité élémentaire de Droit civil*, Paris, 1921 II, p. 299.

non commune à tous les contrats de même genre, n'est pas autre chose que le motif du contrat (1). Et l'on sait que le motif n'a pas d'influence sur la formation ou l'exécution des contrats.

Au contraire quand ce même annonceur charge un individu de distribuer les prospectus, le but poursuivi par lui est la réalisation d'un acte de publicité. Voilà ce qu'il veut obtenir de son co-contractant ; c'est pour cela qu'il a traité avec lui. Celui-ci aura rempli son obligation dans la mesure où le but poursuivi aura été atteint (2).

Ainsi donc quand nous voulons définir le contrat de publicité, nous pouvons donner deux formules selon que l'on envisage l'objet du contrat ou sa cause.

Le contrat de publicité, peut-on dire, consiste dans tout accord de volonté ayant pour *objet* la réalisation d'un acte de publicité, ou, si l'on veut : tout accord de volonté dont la *cause* est la réalisation d'un acte de publicité.

Mais cette dualité de formules nous fait toucher à la controverse célèbre relative à la notion de cause : la cause ne serait que l'objet de chaque obligation envisagé sous un jour spécial. Du moment que, dans un contrat synallagmatique, chaque obligation a un objet et que cet objet

1. Capitant, *op. cit.*, n° 4.

2. Ainsi il a été jugé que « l'éditeur qui accepte de confectionner « et de faire parvenir les affiches et prospectus destinés à annoncer « une tournée artistique et à lui assurer la réclame nécessaire, s'engage par là même... à exécuter la commande en temps voulu et à « recourir à des modes d'expédition et de transport assez rapides « pour permettre l'affichage et la distribution en temps utile... Son « obligation résulte de la nature même du marché ». Caen, 4 août 1909, *Rec. Caen et Rouen*, 1909, 21.

Il a été jugé également que la construction d'une maison voisine d'un mur loué en vue de l'affichage, et rendant celui-ci invisible aux passants, peut amener la résiliation du Contrat étant donné le but spécial de la location. Trib. civ. Seine, 17 déc. 1894. *Le droit*, 29 déc. 1894.

est licite, le contrat est parfait, sans qu'il soit nécessaire d'y introduire la notion compliquée de cause. Voilà ce que disent les anti-causalistes.

Et, en effet, dans les contrats de publicité, nous voyons que l'objet du contrat doit être la réalisation de l'acte de publicité et que sa cause est aussi la réalisation de l'acte de publicité, mais envisagée subjectivement, c'est-à-dire comme but déterminant l'annonceur à s'obliger.

Nous n'avons pas à prendre parti dans la controverse. Si nous disons que le contrat de publicité est celui qui a pour *objet* la réalisation d'un acte de publicité, notre formule peut satisfaire les causalistes et les anti-causalistes.

Mais si nous faisons intervenir la notion de *cause*, notre définition gagne en précision : elle permet, en effet, d'opposer la cause au motif et, par là, d'écarter les contrats du genre de celui qui est conclu en vue de l'impression des prospectus, et dans lequel la réalisation de l'acte de publicité n'est que le motif du contrat et non sa cause.

Il ne faut pas s'y méprendre. Il est parfois très délicat de déterminer si tel contrat est un contrat de publicité. Ce qui importe, c'est de connaître le trait commun à tous les contrats de ce genre : nous pensons que c'est la *volonté commune des parties de réaliser un acte de publicité*.

Nature juridique du contrat de publicité

C'est à dessein que nous avons employé une formule aussi vague pour définir le contrat de publicité. Nous avons dit que son objet était la réalisation d'un acte de publicité. Mais étant donnée la grande diversité des actes de publicité, cet objet est susceptible d'être varié.

Ainsi, nous appelons « contrats de publicité » des contrats dont la nature juridique est diverse, mais dont les objets, bien que variés, ont toujours un caractère commun : la réalisation d'un acte de publicité. En d'autres termes, l'appellation « contrat de publicité » est indépendante de la nature du contrat. Par exemple, quand un commerçant charge un individu de distribuer des prospectus, nous disons qu'il y a contrat de publicité. Mais si nous cherchons la nature juridique de ce contrat de publicité, nous voyons que c'est un louage de services, si la rémunération du distributeur est proportionnelle au temps, et un louage d'industrie si elle est fixée à forfait.

Quand le propriétaire d'un mur concède à un tiers le droit exclusif d'y apposer des affiches, les parties se mettent d'accord pour permettre au tiers de réaliser sa publicité : il y a encore contrat de publicité, mais sa nature n'est plus la même que dans le cas précédent. Nous verrons que c'est un louage de choses.

Voilà donc des contrats de nature différente; leur objet varie: tantôt ce sont des services, tantôt c'est une chose. Pourtant, ils ont un trait commun: les prestations qui forment leurs objets sont promises en vue de réaliser des actes de publicité. Et si elles ne sont pas aptes à remplir ce but, la partie qui doit les fournir n'a pas rempli son obligation.

On rencontre couramment des contrats ayant des natures différentes, mais dont les objets, sans être identiques, ont cependant des traits communs.

Voici un exemple. Supposons que je veuille me rendre à Versailles. Je me rends chez un voiturier et lui loue une voiture en spécifiant bien que je l'utiliserai pour aller à Versailles. Le contrat ainsi formé est un louage de choses.

Mais il n'est pas exact de dire simplement que j'ai loué une voiture; en réalité, *j'ai loué une voiture pour aller à Versailles* et si je l'utilise dans un autre but, je suis en faute.

Supposons maintenant que je veuille aller à Versailles par le train. En échange d'un prix versé, la Compagnie de Chemins de fer se charge de m'y transporter. Le contrat n'est plus de même nature que dans l'exemple précédent: c'est un contrat de transport, c'est-à-dire une variété du louage d'ouvrage.

Voici donc deux contrats de nature différente qui ont été conclu dans un même but. Leurs objets ne sont pas identiques, l'un m'a promis une voiture, l'autre son industrie; et pourtant ils ont un trait commun; l'un m'a promis une voiture *pour aller à Versailles*, l'autre son industrie pour que *j'aille à Versailles*.

Il en est exactement de même dans nos contrats de publicité. Tantôt l'objet du contrat est un mur, une palissade, tantôt c'est l'industrie d'un publicateur de journal, en vue de l'insertion d'une annonce, d'un individu en vue d'une distribution de prospectus.

Mais tous ces objets quoique différents, ont un caractère commun: la réalisation d'un acte de publicité.

Théorie de la clientèle publicitaire

Nous devons maintenant signaler une théorie tout-à-fait récente, tendant à démontrer, contrairement à notre sens, que l'objet du contrat de publicité reste toujours identique.

M. Delest, dans une série d'articles publiés dans une

jeune revue technique (1) a tenté de démontrer que l'objet des contrats de publicité ne variait pas malgré la diversité des moyens concédés. Il a soutenu que cet objet n'était pas la jouissance d'un mur, les services d'un publicateur en vue de l'insertion d'une annonce, en vue de la projection d'un cliché cinématographique dans une salle de spectacle, etc... mais : « un bien incorporel, une chose immatérielle, délicate à définir, mais qu'on peut réellement concevoir... Subjectivement, l'objet du contrat ce sont les possibilités de publicité, objectivement le public du publicateur. »

Ce public qui, selon cette théorie, est l'objet des contrats, M. Delest le compare à la clientèle du fonds de commerce : « Et cette notion d'un *bien incorporel spécial* objet du contrat de publicité, est, pour nous en fait et en droit, aussi claire, aussi compréhensible, que la notion de clientèle de fonds de commerce, avec laquelle tout le monde est familiarisé, et à laquelle nous comparons étroitement la notion nouvelle que nous venons de définir. On nous objectera : comment assimiler la clientèle d'un fonds de commerce, produit de l'activité du commerçant, liée à lui par des relations d'affaires, et la foule anonyme qui passe devant le mur de façade d'un propriétaire qu'elle ignore, qui n'est attaché à elle par aucun lien de droit, dont le rôle est passif... Nous ne pouvons pourtant pas ne pas faire l'assimilation. Qu'est-donc la clientèle de tel café situé sur une grande place de Paris, en dehors des passants qui s'assoient là non point en raison de la qualité des produits de l'établissement, mais parce que leurs occupations ou leurs loisirs les ont amenés là. De

1. *La publicité de France*, 2^e série (nov. déc. 1924 et janv. 1925).

« même l'homme de la rue regarde ce mur, parce qu'il
« est obligé de passer devant lui, et qu'il ne peut faire
« autrement que le regarder...

« C'est ce bien incorporel, objet du contrat de publicité
« que nous appelons *clientèle publicitaire*, et dont la no-
« tion constitue la base de la théorie nouvelle que nous
« proposons.

« Le contrat de publicité sera le pacte relatif au trafic
« de la clientèle publicitaire ; ce trafic, acquisition tem-
« poraire, et dont l'effet se produit tout le long d'une
« période se fera sous la forme d'un *louage de choses*,
« d'un bail.

« L'annonceur prend à bail, pour un certain temps, le
« bien incorporel dit « clientèle publicitaire », moyennant
« un certain prix versé au publicateur qui s'oblige à mettre
« ce bien à la disposition de l'annonceur afin qu'il en
« fasse l'usage pour lequel ce bien a été loué ».

Cette théorie est tout à fait ingénieuse. Elle a en outre d'excellents avantages : elle donne une solution unique au problème de la nature juridique des différents contrats de publicité et cette solution s'applique à *tous* les contrats ; elle supprime la plupart des difficultés nées de l'application des théories en usage et que nous résoudrons par d'autres moyens ; enfin, elle insiste sur l'importance jouée par l'élément *public* dans la formation des contrats.

Mais, au demeurant, elle est assez étonnante. C'est un principe admis dans notre droit que dans les conventions, on doit rechercher la commune intention des parties (1). Or, le propriétaire d'un mur a concédé à un annonceur le droit d'y apposer des affiches. Nous disons qu'il lui a loué

1. Code civil, art. 1156.

le mur et les deux parties en sont bien persuadées :
 « Pardon ! dit M. Delest, vous croyez avoir loué un mur ?
 « Pas du tout, l'objet de votre contrat, c'est le public qui
 « est susceptible de jeter les yeux sur le mur, c'est lui que
 « vous avez loué. » On se demande qui, du propriétaire
 ou de l'annonceur, serait le plus étonné d'une telle
 réponse.

Au point de vue juridique, la notion de *clientèle publicitaire* ne nous paraît pas établie bien solidement.

1^o D'abord, il est à remarquer qu'on ne peut la comparer à la notion de clientèle de fonds de commerce qu'en prenant celle-ci dans son acception la plus large, et comme certains auteurs, en la définissant *l'aptitude d'un fonds à avoir des clients* (1) : « Il existe, en effet, disent MM. Boutaud et Chabrol, des fonds de commerce qui n'ont pas
 « de clients au sens usuel du mot et qui font des chiffres
 « d'affaires considérables avec des acheteurs perpétuellement renouvelés. Pour leur évaluation, on ne tiendra
 « pas compte de la clientèle proprement dite, qui n'existe
 « pas, mais des chances que l'on a de voir de nouveaux
 « acheteurs succéder aux premiers (2). »

On pourrait faire toutes réserves au sujet de cette théorie et refuser le nom de clientèle à ce qui n'est qu'une aptitude à posséder une clientèle (3). Nous ne nous arrêterons pas à cette controverse. Nous nous bornons à signaler que la théorie de M. Delest n'est possible que si l'on admet cette extension de la notion de clientèle.

1. Boutaud et Chabrol, *Traité des fonds de commerce*. Paris, 1905, n^o 48; Gombeaux, *La notion juridique du fonds de commerce*. Caen, Thèse 1901. L'expression « achalandage », dans ce cas, serait plus correcte que « clientèle ».

2. Boutaud et Chabrol, *op. cit.*, n^o 48.

3. *Maisons de commerce et fonds de commerce*, par J. Valéry, dans les *Ann. dr. com.*, 1902.

Quand M. Delest dit qu'un mur a une clientèle publicitaire, il entend par là que le mur possède une aptitude à avoir un public. Et si l'on dit que l'objet du contrat par lequel le propriétaire d'un mur concède à un tiers le droit d'y apposer des affiches est la clientèle publicitaire afférente à ce mur, c'est-à-dire l'aptitude du mur à avoir un public, pourquoi ne pas dire tout de suite que l'objet du contrat c'est le mur lui-même et que l'annonceur a loué un mur ayant l'aptitude d'attirer l'attention du public ?

2° On répondra que si cet argument est valable contre la théorie de la clientèle publicitaire, il doit être également valable contre la théorie de la clientèle du fonds de commerce. Et pourtant la notion de clientèle de fonds de commerce est communément admise : si l'on peut vendre l'« aptitude d'un fonds à avoir des clients » pourquoi ne pourrait-on louer l'« aptitude d'un mur à avoir un public » ?

La situation n'est pas exactement la même. La notion de fonds de commerce a été créée dans un but pratique. On a voulu grouper les éléments disparates qui constituent une exploitation commerciale (nom, enseigne, droit au bail, brevets, marchandises, etc.), afin de pouvoir les vendre et les nantir au moyen d'une même opération. La notion de clientèle a servi à lier tous ces éléments et à créer une universalité juridique dont elle constitue le pivot.

Or, si la notion de clientèle de fonds de commerce est susceptible de rendre les services pour lesquels elle a été créée, il n'en est pas de même de la notion de clientèle publicitaire. Celle-ci est parfaitement superflue. Quand le propriétaire d'une exploitation commerciale vend son fonds de commerce, il est commode de considérer l'opération comme ayant un objet unique, alors qu'il s'agit d'éléments divers, corporels et incorporels. Mais quand un proprié-

taire loue un mur en vue de l'affichage, il n'est pas besoin de compliquer l'opération en faisant intervenir une notion de clientèle dont on peut aisément se passer.

3° Dans un fonds de commerce, on peut considérer la clientèle comme un élément important. On est néanmoins obligé de tenir compte d'autres éléments incorporels : nom commercial, enseigne, droit au bail, marques de fabriques etc... Et si M. Thaller dit que la clientèle est l'élément *unique*, du fond de commerce, c'est qu'il considère les autres éléments comme les accessoires, « les moyens de sauvegarder la clientèle (1). » Or, nous ne pouvons concevoir la clientèle d'un fonds de commerce, comme une chose isolée, qui ne serait rattachée à aucun des autres éléments. Pour que l'acheteur puisse profiter de la clientèle cédée, il faut que le vendeur lui cède en même temps l'un de ces éléments : enseigne, droit au bail, marques de fabriques, ou même la simple promesse de faire des efforts pour amener ses pratiques chez le cessionnaire.

Mais quelle serait la situation du cessionnaire qui n'aurait acquis avec la clientèle aucun de ces éléments constitutifs du fonds de commerce ? Il n'aurait droit ni au bail de son vendeur, ni à son enseigne, ni à son nom commercial. . Comment profiterait-il alors de l'objet de son acquisition, à savoir la clientèle ?

Il en est de même en matière de concession d'emplacement en vue de l'affichage.

Le propriétaire du mur dit à l'annonceur : « Je vous loue la clientèle publicitaire afférente à ce mur. » L'annonceur ne manquera pas de répondre : « Si vous voulez que je jouisse de cette clientèle donnez-m'en le moyen ». De même que l'acheteur d'une clientèle de fonds de commerce

1. Thaller, n° 62.

ne peut rien faire de cette clientèle si on ne lui fournit pas en même temps le nom, l'enseigne, le droit au bail, etc... de même le preneur d'une clientèle publicitaire n'en retirera aucun avantage si on ne lui donne pas en même temps l'objet qui permet de fixer cette clientèle.

Quel est-il ? Mais c'est tout simplement le mur.

On dira que le bailleur n'est pas tenu seulement *de laisser* jouir le preneur, mais de le *faire* jouir de la chose louée. L'annonceur ne pourra-t-il pas dire au propriétaire : « Vous m'avez loué la clientèle publicitaire attachée à un mur, vous devez donc me fournir le moyen d'en jouir, c'est-à-dire le mur lui même puisque, sans lui, je ne saurais que faire de cette clientèle ».

Ce serait là une extension bien hardie de l'article 1719 du Code civil : sous prétexte de faire jouir le preneur d'une chose louée, le bailleur serait tenu de lui en livrer une autre. N'est-il pas plus simple et plus exact de dire que le propriétaire a loué le mur puisque, en définitive, c'est cela qu'il doit fournir au preneur.

On peut faire les mêmes critiques à la théorie de M. Delest. quel que soit le mode de publicité envisagé : insertion d'une annonce, publicité orale, etc...

Partout, nous rencontrons un élément commun à tous les contrats de publicité : le public. Mais nous sommes en présence de moyens divers employés pour attirer l'attention de ce public : emplacements d'affichage, cases dans les journaux, concerts radiophoniques, écran cinématographique, etc...

De sorte que l'objet de nos contrats n'est pas le public qu'on se propose d'atteindre, mais le moyen employé pour l'atteindre.

Et celui qui détient ce moyen et qui le transmet à

l'annonceur, tantôt se contente de le mettre à sa disposition, tantôt promet de faire certains actes pour qu'il puisse en profiter. Dans le premier cas, il y a louage de choses ; dans le second il y a louage d'industrie.

La solution de M. Delest eût certes été plus satisfaisante puisqu'elle donnait une solution unique et commune à tous les contrats. Elle est malheureusement inapplicable : sous le vocable « contrats de publicité » on envisage des contrats divers dont les prestations variées ne peuvent s'accommoder d'une nature juridique commune.

* * *

Dans notre introduction, nous avons indiqué que notre étude serait divisée en 4 parties, c'est-à-dire qu'outre celle que nous terminons actuellement, l'une traiterait des locations d'emplacements pour affichage, l'autre des contrats de publicité par la presse, et la dernière des intermédiaires de publicité.

Dans cette première partie, afin de définir le contrat de publicité, nous nous sommes efforcés d'envisager la question dans son aspect le plus large. A cet effet, nous avons donné une classification aussi complète que possible des moyens de publicité.

Mais nous avons dit qu'en pratique, il n'y avait guère que 3 grands moyens de publicité : la presse, le prospectus et l'affiche.

Or, les contrats qui ont pour but de réaliser la publicité par le prospectus n'offrent guère d'intérêt. Ce sont des louages de services ou des louages d'ouvrage, sans autre particularité que d'être conclus en vue de la réalisation d'actes de publicité.

Les contrats relatifs à la publicité par la presse et par l'affiche, au contraire, sont remplis d'intérêt. Mais encore faut-il les entendre dans un sens suffisamment large.

A l'annonce dans une publication périodique, il faut assimiler l'annonce dans une publication non périodique et même en général, l'annonce sur tout imprimé ayant une raison d'être indépendante de la publicité (tickets de transport, fiches de bureaux de poste etc...).

Néanmoins, étant donnée l'importance considérable de la publicité dans la presse périodique, nous emploierons constamment l'expression « publicité par la presse » dans les développements qui suivront, bien que ces développements puissent s'appliquer également à toute la publicité par imprimés telle que nous l'avons définie.

Quant à la location d'emplacements en vue de l'affichage, elle comprend non seulement la concession d'une surface déterminée (mur, panneau, palissade et même petits objets de publicité) sur laquelle on peut peindre ou coller une affiche, mais la concession du droit d'édifier un panneau à un endroit déterminé, sur un toit, dans une prairie etc... ; la publicité par projection de clichés cinématographiques, faite dans la rue ou à l'intérieur d'une salle de spectacle est une variété de location d'emplacement pour affichage : l'écran peut être aisément comparé à un emplacement sur lequel on apposerait, successivement et pendant un laps de temps très court, des affiches diverses.

Telles sont donc les deux principales variétés des contrats de publicité commerciale, elles formeront l'objet de notre deuxième et notre troisième parties. Dans notre quatrième partie, à propos des intermédiaires, nous aurons l'occasion d'étudier une troisième variété de contrats de publicité : l'apposition d'affiches par une agence.

DEUXIÈME PARTIE

LES CONTRATS D’AFFICHAGE conclus directement entre l’annonceur et le propriétaire

Nous diviserons cette deuxième partie en six chapitres au cours desquels nous examinerons à la place qui leur convient, les principaux problèmes qui naissent à l’occasion des contrats d’affichage (1).

Le chapitre premier sera consacré à *l’analyse et à la nature juridique du contrat*.

Dans le second, nous examinerons dans quels cas le contrat est *civil* ou *commercial*.

Dans le troisième, nous étudierons les *conditions de validité du contrat*, et à ce propos, nous envisagerons l’importante question des *conflits entre propriétaires et locataires* à propos du droit d’affichage.

Le quatrième chapitre sera consacré aux *obligations respectives du propriétaire et de l’annonceur*. Nous y rencontrerons la question de *l’exclusivité*.

Le cinquième chapitre aura pour objet les *sous-locations* ; le sixième, la *fin de contrat*, et en particulier le droit du preneur à la *prorogation* de la loi du 9 mars 1918.

Rappelons que dans cette deuxième partie comme dans

1. Nous nous servons de cette expression pour plus de commodité : il serait plus exact de dire : « Les concessions d’emplacements en vue de l’affichage. » ou mieux encore : « Les contrats de publicité par la concession d’emplacements en vue de l’affichage. »

la suivante, nous envisagerons toujours le contrat comme s'il était conclu directement entre le publicateur et l'annonceur, bien qu'en fait un intermédiaire se soit souvent interposé.

Dans la quatrième partie au contraire, nous aurons à examiner les difficultés qui naissent de la présence d'un intermédiaire.

CHAPITRE PREMIER

ANALYSE ET NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT

Les contrats d'affichage sont définis d'une façon identique par la presque totalité des auteurs et par une jurisprudence à peu près unanime.

Le propriétaire d'un emplacement susceptible d'affichage concède à un tiers le droit d'y apposer des affiches.

Quelle est la nature de ce contrat ? C'est un *louage de choses* selon l'article 1709 du Code civil.

Au cours de ce chapitre, nous expliquerons cette définition. Mais auparavant nous devons exposer et tenter de réfuter une théorie qui a défini notre contrat, ou plutôt un contrat analogue, d'une manière différente.

§ 1. — Les droits du concessionnaire de l'emplacement d'affichage ne seraient-ils pas ceux d'un simple créancier ?

Cette théorie a été exposée par M. Esmein (1) ; elle n'avait pas pour objet la concession du droit d'affichage, mais la concession du droit de chasse. Néanmoins, il est facile d'appliquer les arguments de M. Esmein à notre sujet.

M. Esmein, en effet, voit surtout dans la concession du

1. Note sous Cas., 10 janvier 1893. S. 1893. 1 185.

droit de chasse une sorte de démembrement de la propriété ; or il est facile de se rendre compte qu’il en est de même de la concession du droit d’affichage.

A la suite d’un arrêt jugeant que la concession du droit de chasse est un bail, par conséquent opposable aux tiers acquéreurs, M. Esmein est ému par les conséquences de cette théorie : « Elle permet, en effet, dit-il, de décom-
« poser presque indéfiniment les divers avantages conte-
« nus dans le droit de propriété ; de détacher de la pro-
« priété foncière chacune des utilités qu’elle présente pour
« en faire l’objet d’un bail distinct au profit d’une personne
« quelconque. Non seulement on pourra concéder de cette
« façon des droits très utiles pour l’exploitation rurale
« comme le droit de pacage ou de puisage, mais encore
« des facultés de pur agrément. On peut imaginer que le
« propriétaire d’un vaste domaine afferme par des baux
« distincts et à des personnes différentes, outre le droit de
« chasse et celui de pêche, le droit de se baigner dans une
« pièce ou dans un cours d’eau, et le droit d’y canoter,
« le droit d’utiliser de vastes prairies pendant une partie
« de l’année pour y tenir des courses ou y entraîner des
« chevaux, le droit de jouer sur les pelouses au lawn-
« tennis.. »

Nous ajouterons à cette énumération : *le droit d’apposer des affiches sur des emplacements déterminés*. Tous ces baux seront opposables aux tiers acquéreurs ; ils pourront être faits pour quatre-vingt-dix-neuf ans ou la durée de trois vies. Cela est-il conforme au régime de la propriété foncière tel que l’ont établi les lois de la Révolution et le Code civil ?

Ces lois, au contraire, n’ont-elles pas également voulu préserver la propriété des charges perpétuelles en limi-

tant la durée extrême des baux (1) ? N'ont-elles pas également voulu protéger la propriété contre la multiplicité des charges en prohibant les servitudes établies au profit d'une personne (2) ? En particulier on ne peut établir une servitude d'affichage au profit d'une personne. « Une servitude, dit l'article 637 du Code civil est une charge imposée sur un héritage pour *l'usage* et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire. » On pourrait, à la rigueur, concevoir une servitude d'affichage au profit d'un fonds, mais outre qu'il n'y en a pas d'exemple pratique, cela n'aurait aucun rapport avec les contrats d'affichage que nous étudions (3). Si on ne peut constituer une servitude d'affichage au profit d'une personne pourquoi permettre qu'on puisse louer ce droit d'affichage à cette même personne et que ce bail soit opposable aux tiers acquéreurssuivant l'article 1743 du Code civil ?

M. Esmein reconnaît bien qu'il n'y a pas de texte formel pour le défendre. Mais outre l'argument tiré de l'esprit du régime de la propriété selon le Code civil, il invoque le raisonnement suivant : « C'est une règle reçue que l'on ne peut pas louer ce que l'on ne pourrait vendre, sauf, bien entendu lorsqu'il s'agit d'un bien aliénable de sa nature et qu'une disposition spéciale de droit a rendu inaliénable. Or quelques-unes des utilités d'un fonds nous paraissent susceptibles d'être vendues en dehors du fonds lui-même : ce sont celles qui pourraient être constituées à l'état de servitudes au profit du fonds voisin... Au contraire les utilités du fonds

1. Loi des 18-29 déc. 1790.

2. Code civ., art. 686.

3. Sur l'impossibilité de constituer une servitude de chasse. V. Cass., 9 janv. 1891. S. 1891. 1.489.

« d’où l’on ne pourrait tirer une servitude ne sont pas
« susceptibles d’être vendues et ne pourraient faire
« l’objet d’un bail. »

Ainsi donc on ne pourrait donner à bail le droit d’affichage pour cette raison qu’on ne pourrait le vendre.

* * *

Cette théorie, si ingénieuse qu’elle soit, est très critiquable (1). Le bail ne confère pas au preneur des droits réels, comme les droits de propriété ou de servitude, mais un simple droit personnel. Si ce droit personnel est opposable au tiers acquéreur, c’est en vertu d’une disposition expresse du Code civil. Or, la création de droits personnels n’étant pas défendue, est permise, même si elle présente les inconvénients des droits réels.

D’autre part, la théorie de M. Esmein, imaginée dans le but de rendre inopposables aux tiers acquéreurs, les baux de chasse, d’affichage etc., a pour conséquence de permettre de véritables démembrements de propriété. Si notre contrat d’affichage est un bail, il sera opposable aux tiers acquéreurs, mais en revanche il ne pourra être supérieur à quatre-vingt-dix-neuf ans. Si au contraire le droit concédé n’est qu’un droit de créance, il ne sera plus opposable au tiers acquéreur, mais il pourra être fait à *titre perpétuel*. C’est bien alors qu’il aura les inconvénients du droit réel. La théorie de M. Esmein se retourne donc contre son auteur, puisqu’elle permet à coup sûr de tourner la prohibition de l’article 686 du Code civil.

Quel est l’intérêt de cette controverse ? Quelles consé-

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *louage*, I, 34.

quences résulteraient du fait de considérer le concessionnaire du droit d'afficher comme un simple créancier et non comme un preneur ?

Quand nous aurons montré que le contrat d'affichage est bien un louage de choses, nous en déduirons l'application des titres du Code civil relatifs à cette sorte de contrats et des lois postérieures. Evidemment, si le concessionnaire n'était qu'un créancier, il n'en serait pas de même.

Signalons en outre les conséquences directes qu'entraîneraient l'application de la théorie de M. Esmein.

1° Les contrats d'affichage seraient inopposables au tiers acquéreur de l'immeuble. C'est pour arriver à ce résultat que la théorie a été imaginée.

2° Dans le cas où l'immeuble contenant la surface concédée serait l'objet d'une saisie immobilière, les contrats d'affichage passés antérieurement pourraient être annulés à la demande des créanciers, même s'ils ont acquis date certaine. L'article 684 du Code de procédure civile prescrit au contraire aux créanciers de respecter les baux ayant acquis date certaine avant le commandement.

3° Les contrats d'affichage pourraient être conclus sans limitation de durée, alors que la Loi des 18-29 décembre 1790 (art. premier) limite la durée des baux à quatre-vingt-dix-neuf ans. Cette conséquence a été signalée dans la critique de la théorie de M. Esmein.

4° Ils n'auraient jamais besoin d'être transcrits, alors que l'article 2, § 4 de la loi du 23 mars 1855 prescrit la transcription des baux de plus de dix-huit ans.

§ 2. — Les contrats d'affichage, en principe, sont des contrats de louage de choses, selon l'article 1709 du Code civil.

L'article 1709 du Code civil définit ainsi le louage de choses, *locatio rerum* : « un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre pendant un certain temps et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer ».

L'article 1713 ajoute : « On peut louer toutes sortes de biens meubles et immeubles. »

Les contrats d'affichage, tels qu'ils sont pratiqués couramment rentrent exactement dans le cadre fourni par la définition du Code civil. Il est bon, cependant de préciser cette définition en rappelant que ce louage de choses est conclu *dans le but de réaliser un acte de publicité*. Le contrat devra donc toujours être interprété en tenant compte de ce but conforme à l'intention commune des parties. Les modifications aux règles du bail que nous rencontrerons au cours de ces développements seront dues généralement à la présence de ce but spécial.

La Jurisprudence a admis que le louage d'emplacements était un louage de choses (1), et si en face de nombreux

1. Nous ne pouvons citer ici tous les arrêts admettant que les contrats d'affichage sont des louages de choses. Nous en citerons un grand nombre dans les chapitres suivants ; en particulier les arrêts, qui seront mentionnés à propos de l'application aux contrats d'affichage de la législation spéciale des loyers admettent tous, au moins implicitement, notre thèse.

Parmi les décisions les plus récentes, citons cependant : Rennes, 3 déc. 1912, *Rec. Nantes*, 1913. 1.189 Cass. 12 Fév. 1919, *Gaz. Trib.* 1919. 1.50 ; Cass. 6 Fév. 1924. *Gaz. Palais.*, 1924.1 551. Pour les vitrines dans les halls d'hôtel : Trib. Civ. Seine, 13 janv. 1914 *Gaz. Trib.* 1914, 1^{re} Sem., 2.345 — Pour les rideaux de théâtre : Nancy 29 déc. 1883 D. 1884. 2. 231 — Pour les concessions d'affichage sur les bâtiments publics communaux : Trib. Civ. La Roche-sur-Yon, 18 mai 1909. *Gaz. Trib.* 9 juillet 1909.

arrêts qui concluent dans notre sens, certains préfèrent voir dans les contrats d'affichage des conventions autres que des louages de choses nous verrons qu'il faut en chercher la raison dans les modalités que les parties ont apportées à ces contrats.

Nous supposons que la prestation fournie par l'annonceur, en échange de la jouissance de l'emplacement, est une somme d'argent. Si l'annonceur, au contraire, s'engage à livrer un objet mobilier ou immobilier, en propriété ou en jouissance, ou encore des services, le contrat n'est plus un louage de choses, *mais un contrat innommé* (1).

On rencontre un exemple assez fréquent : le propriétaire d'un terrain sur lequel on bâtit une maison, concède à un annonceur (ou mieux à une agence) le droit d'afficher sur la palissade qui clôture ce terrain, à condition que l'annonceur (ou l'agence) élève la palissade à ses frais. Il est vrai, que souvent le propriétaire stipule en outre un prix d'argent, de sorte qu'on peut considérer qu'il y a véritablement louage de choses avec paiement partiel en nature. De même quand le propriétaire stipule un prix en argent, mais autorise l'annonceur à se libérer en fournissant ses produits. Au contraire quand le prix stipulé est fixé en nature ou quand le propriétaire concède un emplacement dans un but de bienfaisance, sans stipuler aucun

Signalons un arrêt de la Cour de Paris (29 déc. 1884. *Gaz. Pal.*, 1885.2.*Suppl.* p. 94) qui annule un contrat de concession d'une case sur des tableaux barométriques, sous prétexte qu'il s'agit d'un contrat de vente et que la vente n'est parfaite que lorsqu'on est convenu de la chose et du prix. Il est vrai que l'arrêt ajoute « quel que soit le caractère qu'on doive attribuer aux bons de souscription, cette règle (la nécessité de l'accord sur la chose et le prix) doit recevoir son application » En tout cas, cette définition ne nous paraît pas défendable.

1. Aubry et Rau, V. § 364, p. 270, note 4 et les nombreuses références. Guilhaud, I, 26; Troplong, I, 3; Laurent, XXV, 58; Duranton, XVII, 9.

prix, le contrat est innommé (1). Mais certains auteurs prétendent que le prix peut être fixé en nature sans que le contrat cesse d'être un louage de choses. Ils citent à l'appui de leur thèse cet argument que le Code civil lui-même range parmi les baux le métayage où le prix est payé en nature (2).

La question n'offre guère d'intérêt. Dans notre droit tous les contrats sont de bonne foi et les difficultés sont résolues en recherchant l'intention des parties. Or, quand le bailleur accepte un paiement en nature, son intention est évidemment de faire un bail. D'un autre côté il est de principe que les contrats innommés prennent les règles des Contrats dont ils se rapprochent le plus (3).

Nous examinerons successivement trois hypothèses dans lesquelles certaines clauses, fréquentes dans les contrats d'affichage, paraissent en modifier la nature.

PREMIER CAS. — *Le contrat consiste à la fois en un louage de choses et un louage d'industrie.*

Il n'y a aucune difficulté quand le propriétaire se borne à accorder à l'annonceur la jouissance de l'emplacement. Mais dans certains cas, les choses ne se passent pas aussi simplement.

Dans notre quatrième partie, à propos des rapports de l'intermédiaire et de l'annonceur, nous verrons que le contrat par lequel l'intermédiaire, qui a acquis la jouissance d'un emplacement d'affichage, la transmet à un annonceur, est, en principe, une sous-location. Mais nous verrons aussi que l'intermédiaire, en général, ne promet pas seulement à l'annonceur la jouissance de la

1. Feltaine, p. 112.

2. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, I, 844.

3. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n° 845.

chose, il s'engage souvent à apposer des affiches sur les emplacements loués, à veiller à leur conservation et à les remplacer en cas de détérioration.

Nous arriverons à cette conclusion que le contrat conclu dans ces conditions, entre l'intermédiaire et l'annonceur est tantôt un louage de choses, tantôt louage d'industrie, selon l'intention des parties.

Sans anticiper sur ces développements qui trouveront leur place naturelle dans la partie de notre étude consacrée au contrat de publicité formé avec le concours d'un intermédiaire, nous pouvons dès maintenant signaler certains contrats conclus directement entre l'annonceur et le propriétaire de l'emplacement et dans lesquels le propriétaire joue un rôle analogue à celui de l'intermédiaire.

Nous faisons allusion aux compagnies de transport, qui possèdent, soit dans les gares, soit dans les voitures, un nombre considérable d'emplacements propres à l'affichage, qu'elles louent à des annonceurs, en promettant également d'y apposer des affiches et de veiller à leur conservation.

Comme dans de telles hypothèses le propriétaire de l'emplacement joue le rôle d'une agence de publicité, nous renvoyons à notre quatrième partie, au cours de laquelle nous exposerons dans quel cas ce contrat semble demeurer un louage de choses et dans quel cas il apparaît comme un louage d'industrie.

DEUXIÈME CAS. — *Les emplacements loués sont insuffisamment déterminés.*

Il arrive parfois que l'annonceur qui a acquis la jouissance d'emplacements ne connaît pas exactement l'endroit où ses affiches seront apposées. Par exemple, quand un commerçant obtient d'une Compagnie de transports la

promesse que son affiche sera posée dans toutes les gares du réseau et dans mille voitures, il ignore quel est le panneau qui lui est réservé dans chaque gare et quelles sont les voitures où on lira son affiche.

La Compagnie de transports ne précise pas les emplacements loués. Elle s’engage à faire apposer tant d’affiches de telles dimensions en des endroits dont elle transmettra la jouissance exclusive à l’annonceur, mais qu’elle ne désigne pas individuellement. Ces emplacements, cependant, sont suffisamment caractérisés et par leur quantité et par leur genre pour que le contrat ne soit pas entaché de nullité, du fait de l’indétermination de son objet.

Ce fait est-il de nature à retirer au contrat sa qualité de « louage de choses » ?

On pourrait le supposer ; et la Cour de cassation a ajouté cet argument à celui de l’hypothèse précédente pour décider que le contrat par lequel le propriétaire (ou l’agence) transmettait la jouissance d’emplacements pouvait être un louage d’industrie, quand le propriétaire promettait également d’y apposer les affiches et quand les emplacements n’étaient pas exactement déterminés (1).

A notre sens, l’indétermination de l’emplacement ne peut pas modifier la nature du contrat. Si l’emplacement est vraiment trop indéterminé, il sera nul ; sinon, il restera louage de choses.

On peut parfaitement louer un objet indéterminé : « Il est, à la vérité, de l’essence du contrat de louage qu’il y ait une chose qui soit l’objet du contrat, mais il n’est pas nécessaire que ce soit une chose déterminée. Une chose indéterminée en peut être l’objet » (2). Par exemple :

1. Cass., 26 mars 1924, *Gaz. Trib.*, 25 mai 1924, *Rec.*, 1924.1.158.

2. Pothier, IV, 8.

« Je puis très bien louer d'un loueur de chevaux un cheval pour un certain nombre de jours ou pour un voyage, sans déterminer celui qu'il devra me fournir, et pourvu qu'il m'en fournisse un en état de faire le service » (1).

L'indétermination de l'emplacement loué ne retire donc pas au contrat d'affichage son caractère de louage de choses. Mais si l'annonceur peut ne pas connaître individuellement les emplacements dont le contrat d'affichage lui transmettra la jouissance, encore faut-il, d'une part qu'il acquière véritablement la jouissance d'emplacements pendant une période donnée et que d'autre part ces emplacements soient suffisamment déterminés et par leur quantité et par leur genre.

TROISIÈME CAS. — Le contrat d'affichage ne confère au preneur qu'une jouissance restreinte de l'emplacement loué.

Si cet argument peut être invoqué plus spécialement dans certains contrats d'affichage, nous devons reconnaître qu'il s'applique, d'une façon générale, à tous les louages d'emplacement.

L'annonceur, dit-on, n'a pas la disposition et la jouissance effectives de l'emplacement. Comment peut-on dire, par exemple qu'il est locataire d'un emplacement à l'intérieur d'une gare alors que son droit se borne à exiger que ses affiches soient apposées sur cet emplacement, alors qu'aux termes de la convention il ne pourra y faire apposer que les affiches relatives à son commerce, alors que pour surveiller l'exécution du contrat il n'aura même pas le droit d'accéder sur les quais autrement que les voya-

1. Troplong, *De l'Echange et du Louage*, I, 96. V. aussi Duranton, XVII, 28.

geurs, alors qu'il ne pourra ni nettoyer ni remplacer ses affiches sans l'autorisation de la Compagnie?...

Peut-on affirmer qu'il y ait là une jouissance de l'emplacement selon l'article 1709 du Code civil?

En principe le louage de choses implique l'abandon intégral par le bailleur au preneur de la jouissance de la chose louée. Toutefois cet abandon est seulement de la nature du contrat; il n'est pas de son essence et il peut y avoir louage, bien que la jouissance conférée au preneur ne comprenne pas toute l'utilité que peut procurer la chose louée (1).

La concession du droit d'affichage comporte la faculté de jouir de l'emplacement dans *la mesure où cette jouissance est matériellement possible* (2). Cela suffit pour qu'il y ait bail.

§ 3. — Objet du contrat

Ainsi donc, hormis les cas où certaines clauses du contrat seraient telles qu'elles en changeraient la nature, les contrats d'affichage sont des baux. Nous exposerons aux chapitres suivants les conséquences de ce principe et nous

1. D. Rep. Prat. V^o Louage, n^o 5; Laurent XXV, 2; Baudry-Lacantinerie et Wahl 1.40 bis; Troplong 1.4; Pothier IV, 22. La jurisprudence a formellement consacré ce principe. Ainsi, elle a jugé qu'il y a bail quand le propriétaire d'un moulin le met à la disposition d'un tiers, en conservant le droit de l'utiliser lui-même (Cass., 30 janv. 1856. D. P. 1856.1.458). Il y a également bail quand un individu promet de recevoir des marchandises dans ses magasins alors qu'il ne s'est engagé ni à les surveiller, ni à les restituer, ni à faire aucun travail (Cass., 23 janv. 1884. D. P. 1884.1.254). Enfin le contrat passé entre un établissement de crédit et un client, et par lequel le premier met à la disposition du second une case de coffre-fort, c'est encore un bail, bien que l'établissement de crédit soit tenu à une surveillance étroite (Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*).

2. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *louage*, I, 33.

citerons à cette occasion les nombreux arrêts qui ont consacré cette doctrine.

Mais nous devons nous demander maintenant quel est l'objet de notre contrat. Nous avons vu que la jouissance du preneur était restreinte à l'une des utilités de la chose louée, à savoir le droit d'apposer des affiches. Dans ces conditions quel est l'objet du contrat ? Est-ce bien l'emplacement qui est loué, mais restreint à l'un de ses usages, celui d'afficher ? Ne serait-ce pas le droit incorporel d'apposer des affiches sur cet emplacement ?

Cette controverse subtile est dépourvue d'intérêt.

Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord pour admettre que les règles générales du Code civil sur le Contrat de louage s'appliquent non seulement aux baux d'immeubles mais encore aux louages de meubles et aux louages de droits incorporels (1). Ces règles en effet, sont posées en termes absolus ; en outre, on serait, dans l'opinion contraire bien embarrassé pour trouver les principes applicables aux baux de biens incorporels (2). Les seules règles qui ne sont pas applicables aux louages de meubles ou de droits incorporels sont celles qui sont édictées en raison du caractère immobilier de la chose louée.

Certains auteurs, non pas à propos des contrats d'affichage mais à propos de contrats analogues dont nous avons déjà utilisé les ressemblances, les baux de chasse, hésitent à considérer qu'il y ait dans ces contrats « louage de la chose à usage restreint ». La raison qu'ils donnent est applicable à nos contrats d'affichage : l'immeuble, à leur sens, ne peut être envisagé par fractions et en considérant indépen-

1. Aubry et Rau, V, § 362, n° 2 ; Guillouard, *Louage de choses*, I, 275 ; II, 674 ; Laurent, XXV, 96 ; Valéry, *Du louage des meubles*, (*Ann. dr. comm.*, 1895, p. 27, n° 6).

2. Baudry-Lacantinerie, *Louage*, I, 153.

damment les uns des autres, les divers droits qui le composent (1).

Or nous avons vu précédemment que la jouissance du preneur pouvait ne pas s’étendre à toute l’utilité de la chose louée, mais être restreinte à un seul usage.

Du reste, quelle que soit la théorie admise, il faut bien reconnaître que la jouissance du preneur est immobilière.

Si nous disons que l’objet du contrat d’affichage n’est pas la location de l’emplacement mais celle du droit incorporel d’afficher, ne pourrions nous pas dire également que la location d’un appartement consiste en la location d’un droit incorporel d’habiter dans cet appartement ?

Ainsi donc, c’est bien l’emplacement, c’est-à-dire l’immeuble ou une partie de l’immeuble, qui est loué, mais pour un usage restreint, celui d’y apposer des affiches, c’est-à-dire pour réaliser un acte de publicité (2).

1. Baudry-Lacantinerie, *Louage*, I, 36. Dans le même sens, Aubry et Rau, V, par. 362 en note ; Planiol, note sous Cass., 10 janv. 1893. D. P., 1893. I. 161.

2. Dans ce sens : Baudry-Lacantinerie, *Louage*, I, 33 ; Sol. Enreg., 27 nov. 1872. *Dict. Enreg.*, V° *Bail*, n° 388 ; Trib. Paix, Toulouse, 20 juillet 1920. *Gaz. Trib.*, 1921.2.17 ; et d’une façon générale, tous les arrêts qui admettent que les contrats d’affichage sont des baux, reconnaissent au moins implicitement notre théorie.

Pour les baux de chasse, dans notre sens : V. Pothier, IV, 18 ; Cass., 13 avril 1899, S. 1900.1.17 et la note ; Esmein, note sous Cass., 10 janv. 1893, S. 93.1, 185 ; Rigaud et Champonnière, *Traité des droits d’enregistrement*, IV, § 3592 ; *D. Jur. gén.* V° *Enregistrement*, 3093.

CHAPITRE II

COMMERCIALITÉ DU CONTRAT

§ 1. — De la commercialité des contrats d'affichage vis-à-vis de l'annonceur

On sait qu'un acte peut être commercial soit par sa nature, soit en vertu de la théorie de l'accessoire quand il est fait par un commerçant en vue de son commerce, sans en constituer l'exercice (1).

Or, le louage d'un emplacement par un annonceur, ne rentre en aucune façon dans l'énumération de l'article 632 du Code de commerce. Ce n'est donc pas un acte de commerce par sa nature.

Mais s'il ne constitue pas un acte de commerce, il apparaît bien cependant comme l'accessoire de l'industrie de l'annonceur, si toutefois celui-ci est commerçant.

Si au contraire, l'annonceur n'a pas cette qualité, l'acte sera civil. Ainsi l'annonceur pourra être une société civile, un propriétaire qui exploite les produits de ses domaines, un particulier qui cherche un emploi ou un logement, une société de bienfaisance qui annonce une fête de charité etc... Les cas sont nombreux et variés.

Mais l'annonceur est souvent un commerçant. Alors le contrat d'affichage, du fait qu'il est l'accessoire de son

1. Code de commerce, art. 631. Lyon-Caen et Renault, I, 168.

industrie, doit normalement acquérir le caractère commercial.

Mais là nous touchons à une controverse délicate.

Les emplacements destinés à la publicité sont tantôt immobiliers, tantôt mobiliers. Les premiers sont les plus nombreux : murs, pignons, façades, etc. Parmi les seconds nous citerons les palissades élevées devant les maisons en construction, les panneaux qui limitent les travaux de voirie, les cadres placés dans les voitures de transport, les rideaux de théâtre (1), etc.

Or, le Code de commerce, suivant la plupart des interprètes considère les immeubles comme en dehors des transactions commerciales. Ceci se manifeste de deux façons : d'abord on refuse la qualité d'actes de commerce aux transactions immobilières (2). Ensuite on la refuse également aux actes qui devraient être commerciaux en vertu de la théorie de l'accessoire, lorsqu'ils portent sur des immeubles (3). Ainsi la location d'un magasin, la concession d'une prise d'eau sur une rivière pour obtenir une force motrice hydraulique, même faites par un commerçant dans l'intérêt de son entreprise, sont des actes civils (4).

Si nous appliquons cette théorie aux locations d'emplacements pour l'affichage, nous devons leur refuser le

1. Les voitures de transport et les rideaux de théâtres sont des immeubles par destination, étant attachés à une exploitation commerciale. Mais lorsqu'ils sont l'objet de mutations de propriété ou de jouissance, on considère qu'ils reprennent leur caractère primitif de meubles. On ne saurait prétendre par exemple, que la location d'une voiture à un promeneur par un loueur de voitures est un bail immobilier, du fait que l'objet loué est attaché au fond commercial de son propriétaire.

2. *D. Rep. prat. V^o Acte de commerce*, n^o 17 et les nombreuses références.

3. Lyon-Caen et Renault, 1. 168.

4. Thaller, n^o 70 ; Lyon-Caen et Renault, 1. 170 et les nombreuses références.

caractère commercial quand ces emplacements seront des immeubles.

La Jurisprudence semble appliquer cette théorie sans toutefois l'avoir soutenue expressément (1).

Le Tribunal de Commerce de la Seine, récemment, s'est déclaré incompétent à propos d'une contestation relative à un mur loué pour l'affichage par un bailleur commerçant à un preneur commerçant, celui-ci étant défendeur : « attendu que la location que ce dernier (l'annonceur) a faite est analogue à celle que tout commerçant fait d'une boutique ou d'un magasin pour l'exploitation de son commerce, que d'autre part, bien que M... (le bailleur) soit commerçant, il n'a pas fait acte de commerce en donnant un mur à bail (2) ».

A propos d'un conflit entre deux personnes prétendant chacune avoir acquis le droit d'apposer des affiches sur un même emplacement, la Chambre civile de la Cour de cassation a jugé que « le louage par le propriétaire de son immeuble, tel qu'un mur en vue d'y placarder des affiches constitue un bail à loyer et a le caractère d'un contrat civil (3) ».

Plus récemment encore, la Chambre des requêtes a statué implicitement dans le même sens (4).

Le litige portait sur le point de savoir si le contrat d'affichage était un louage de choses ou un louage d'indus-

1. Il est assez difficile de donner un sens précis à la jurisprudence en cette matière. Souvent, en effet, la question de compétence n'est pas soulevée par le défendeur assigné devant une juridiction qui n'est pas la sienne. En pratique on ne peut faire état que des arrêts dans lesquels la question de compétence a été posée et résolue.

2 Trib. Com. Seine, 4 janv. 1923. *Gaz. Pal.*, 1923.1.561 ; dans le même sens : Trib. Com. Marseille, 3 mars 1922, *Thémis*, 3 avril 1922 ; Trib. Com. Bruxelles, 30 mars 1909, *Pasic. Belge*, 1909, III, 345.

3. Cass. 6 fév. 1924. *Gaz. Pal.*, 1924. 1.551.

4. Cass. 26 mars 1924. *Gaz. Trib.*, 25 mai 1924.

trie. L'intérêt était le suivant : assigné devant le Tribunal de Commerce, l'annonceur avait plaidé l'incompétence de cette juridiction, du fait qu'il s'agissait « d'une location de « surface de publicité et par conséquent d'un contrat de « bail à loyer ». Mais la Cour de cassation a jugé que « c'est avec raison que le Tribunal de commerce a qualifié « cette convention de louage d'ouvrage et d'industrie et « s'est déclaré compétent ». Ceci revient à admettre que le louage des services d'une agence ou d'un propriétaire d'emplacement par un commerçant, dans l'intérêt de son industrie, constitue vis-à-vis de ce dernier, un acte de commerce, tandis que la location d'un mur, c'est-à-dire d'un immeuble, par ce même commerçant, n'a pas à son égard, le même caractère commercial.

* * *

Que faut-il penser de cette jurisprudence qui semble solidement établie ?

Nous n'avons pas le loisir de discuter ici la thèse de l'application de l'accessoire aux transactions immobilières.

La négative est soutenue par la plupart des auteurs (1) ; elle est combattue par certains (2). Dans les *Annales de Droit commercial* un auteur (3) a montré combien étaient discutables les arguments fournis en faveur de la thèse de la non application de l'accessoire aux locations d'immeubles.

1. Lyon-Caen et Renault, 1.170 ; Thaller, 70 ; Ruben de Couder V° *Acte de commerce*, n° 91, *in fine* ; Molinier, *Traité de droit commercial*, 1.38 ; Alauzet, *Commentaire du Code de Commerce*, VIII, n° 2999.

2. A. Desjardins, *Revue critique*, 1864, t. XXIV, p. 228 ; Garsonnet, *Revue critique*, 1869, t. XXV, p. 325.

3. Champcommunal, *La théorie de l'accessoire s'applique-t-elle à la location d'immeubles* (*ann. Dr. Comm.*, 1900, p. 454).

On dit que les opérations concernant les immeubles accusent un caractère civil nettement accentué qui les soustrait à l'empire du droit commercial.

Mais la théorie de l'accessoire n'a-t-elle pas été créée justement pour rendre commerciaux des actes nettement civils ? Un délit ou quasi-délit ne sont-ils pas aussi des actes civils ? Et pourtant ils deviennent commerciaux par accessoire s'ils sont commis par un commerçant dans l'intérêt de son industrie (1).

On dit aussi que les opérations concernant les immeubles ne peuvent constituer des actes de commerce sous prétexte que la propriété foncière a été confiée à la garde exclusive et souveraine des tribunaux civils. « Mais cette raison, « répond M. Champcommunal (2) ne peut exclure du « nombre des actes de commerce que les opérations met- « tant en cause le régime même de la propriété foncière... « Or, le contrat de louage n'engendre que des droits per- « sonnels, des créances respectives entre bailleur et pre- « neur ; ce contrat ne fait naître aucun droit réel ; il ne « modifie en rien la constitution juridique du bien sur « lequel il porte ».

N'est il pas choquant, d'autre part, de voir qu'un même annonceur qui aura loué un emplacement sur un mur ou une façade de maison devra être assigné devant le Tribunal civil, alors qu'il serait assigné devant le Tribunal de Commerce s'il avait loué un emplacement analogue sur une palissade ou dans une voiture de transport (3).

Mais cela ne doit pas nous émouvoir outre mesure : une

1. Champcommunal, *loc. cit.*

2. Champcommunal, *loc. cit.*

3. Cass. 22 nov. 1922. *Gaz. Pal.* 1923.1.153 ; l'annonceur avait été assigné devant le tribunal de commerce en paiement de louages d'emplacements dans des voitures de transports.

théorie aussi archaïque, aussi démodée que celle de la distinction des meubles et immeubles est féconde en conséquence de ce genre.

Enfin nous avons indiqué au chapitre précédent combien il était difficile, dans certains cas, de déterminer si tel contrat d’affichage était un louage de choses ou un louage d’industrie.

Nous voyons apparaître ici un premier intérêt de cette distinction.

A la condition que l’annonceur soit commerçant et qu’il agisse en vue de son commerce, le contrat d’affichage sera, à son égard toujours commercial si c’est un louage d’industrie ; au contraire, si c’est un louage de choses, il n’aura ce caractère, selon la jurisprudence actuelle, que s’il porte sur un emplacement mobilier.

§ 2. — De la commercialité des contrats d’affichage vis-à-vis du bailleur de l’emplacement

Le propriétaire qui donne à bail un emplacement en vue d’y apposer des affiches ne fait pas plus un acte de commerce que le propriétaire d’une maison de rapport qui tire bénéfice des locations de ses appartements. La question ne fait pas de doute.

Cependant le bailleur peut être un commerçant et l’exploitation d’emplacements destinés à la publicité peut être un des éléments de son industrie. Tel est le cas, par exemple d’une compagnie de transports qui exploite l’affichage dans ses voitures ou dans ses gares. Cette exploitation est souvent importante : elle exige parfois des services spéciaux, une tenue de livres, une comptabilité, et peut

constituer un élément de recettes qui influe sur la marche générale de l'entreprise.

Nous citerons encore la concession du droit de placer une vitrine dans un hall d'hôtel, l'exploitation de l'affichage sur un rideau de théâtre, sur une palissade devant une maison en construction ou des travaux de voirie, dans les couloirs du chemin de fer métropolitain, etc...

Les ressources procurées seront moins considérables que dans l'hypothèse précédente, mais, à coup sûr, elles peuvent être prévues par les commerçants comme une conséquence de leur entreprise. Dans ces cas-là, les louages d'emplacements apparaissent bien comme l'accessoire du commerce et, de ce chef, acquerront le caractère commercial.

Mais nous devons faire ici les mêmes distinctions qu'au paragraphe précédent : si le contrat d'affichage est un louage d'industrie, il sera toujours commercial, vis-à-vis du bailleur, à condition toutefois que celui-ci soit commerçant et que l'acte soit fait en vue de son industrie (1). Si le contrat d'affichage au contraire est un louage de choses, il n'aura le caractère commercial que si l'emplacemement est mobilier (2).

Tel est le système que la jurisprudence doit suivre logiquement, étant donnée son attitude quand le même

1. Si le bailleur est un agent de publicité la question est tout autre, car l'acte est commercial par nature, l'agent de publicité étant un agent d'affaires.

2. A plusieurs reprises le tribunal de commerce a jugé sans que la question de compétence fut posée. Il s'agissait d'emplacements mobiliers. Pour les rideaux de théâtre : trib. com. Seine, 30 janv. 1869, *Journ. trib. com.*, 1869, p. 155 ; 21 fév. 1874, *le Droit*, 12 mars 1874. Pour les emplacements dans les voitures de transports. Paris, 21 déc. 1859, *Journ. trib. com.*, 1860, p. 124 ; Paris, 28 janv. 1878, *Journ. trib. com.*, 1878, p. 442. Dans ce dernier cas, les emplacements loués étaient dans les voitures et dans les bureaux de la Compagnie.

contrat est examiné au point de vue du preneur commerçant (1). Nous faisons à ce système les mêmes objections qu'au paragraphe précédent et nous pensons que le tribunal de commerce doit être compétent alors même que l'emplacement loué serait immobilier.

1. l'as de jurisprudence à notre connaissance, où l'emplacement soit immobilier. V. cependant, Caen, 24 mai 1826. Sir. 1827.2.193 pour la location, consentie par un marchand d'une loge dans une halle. La Cour a jugé que le tribunal de commerce était incompétent.

CHAPITRE III

FORMATION ET CONDITIONS DE VALIDITÉ DES CONTRATS

SECTION I

GÉNÉRALITÉS

La location d'emplacements en vue de l'affichage est un contrat consensuel, n'exigeant pour sa conclusion que le simple échange des consentements des parties.

Il est soumis, pour sa formation aux règles du droit commun; il exige pour sa validité un *objet* licite et déterminé, un *prix*, et le *consentement réciproque des parties*.

Le consentement de chacune des parties peut être vicié par suite d'une *erreur*, d'une *violence*, ou de *manœuvres dolosives*, et il peut en résulter la nullité du contrat.

Enfin les consentements échangés doivent émaner de personnes *capables* de les donner.

Toutes ces règles étant conformes au droit commun nous nous contenterons de faire très brièvement quelques observations relatives aux contrats que nous étudions.

Nous avons déjà dit que l'emplacement loué, qui forme l'objet du contrat ne devait pas nécessairement être déterminé spécialement et qu'il pouvait valablement être désigné de façon approximative (1). Il suffit, du reste, pour

I. V. *supra*, p. 44.

la validité du contrat, qu'en l'absence de détermination précise, on puisse y suppléer par les circonstances ou par l'usage.

Il en est de même pour la *durée* de la convention. Ainsi la location d'une case de rideau de théâtre, pendant la saison théâtrale est censée faite pour la durée moyenne de cette saison (1). Le contrat d'affichage suppose la promesse d'un *prix* par l'annonceur. Si le prix n'a pas été fixé, on devra s'en rapporter aux circonstances ou à l'usage, ou, le cas échéant, aux tarifs habituellement appliqués par le bailleur. Nous savons que si le bailleur agit dans un but de bienfaisance, le contrat change de nature : il cesse d'être un louage de choses et devient un contrat innommé.

Mais nous savons également que la différence n'offre pas d'intérêt puisqu'il est de principe que les contrats innommés empruntent les règles des contrats dont il se rapprochent le plus (2).

Le contrat d'affichage peut être conclu verbalement, mais il peut en résulter des difficultés au sujet de la *preuve*.

Si le contrat est commercial, la preuve testimoniale sera toujours admise. S'il est civil, au contraire, on appliquera l'article 1715 du Code civil, qui interdit de recevoir la preuve d'un bail par témoins, quelle que soit la valeur du litige. La jurisprudence décide même que la preuve testimoniale n'est pas recevable pour compléter un commencement de preuve par écrit (3). Ce point est cependant controversé (4).

1. Trib. Com. Seine, 31 juillet 1895, *La Loi*, 5 sept. 1895.

2. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, 1.845.

3. Cas., 19 févr. 1873. D. P. 1874.1.265. Cas. 28 juin 1892. D. 1892.1.407.

4. D. *Jur gén.* V° *Louage*, n° 126 et note sous D. P. 1905.1.135.

Dans le cas où le contrat est civil, si c'est le prix qui est discuté, alors que l'existence du bail ne l'est pas, et si le preneur ne peut fournir de quittances des loyers échus, l'article 1716 du Code civil veut qu'on s'en rapporte à la déclaration du bailleur affirmée sous serment. Le preneur peut demander une expertise, quitte à en payer tous les frais si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré. Si le contrat est commercial, il appartient au demandeur de fournir la preuve de ce qu'il allègue.

SECTION II

QUI PEUT ETRE BAILLEUR D'UN EMPLACEMENT PROPRE A L'AFFICHAGE ?

Toutes ces règles sont conformes au droit commun. La principale difficulté relative aux conditions de validité réside dans les conditions exigées du bailleur de l'emplacement.

Si un annonceur a remarqué un emplacement susceptible de recevoir son affiche et s'il désire en acquérir la jouissance à qui devra-t-il s'adresser pour que le contrat soit valablement conclu ?

Nous pouvons répondre immédiatement : le droit d'affichage sur un immeuble appartient au propriétaire de cet immeuble.

C'est à lui de décider s'il entend conserver ses murs vides de toute réclame, ou s'il lui plaît de les recouvrir lui-même, ou s'il préfère les exploiter en les louant à des annonceurs, à moins qu'il ne se contente d'y tolérer les affiches des tiers sans chercher à en tirer profit.

Ceci est conforme à l'article 544 du Code civil qui

accorde au propriétaire « le droit de jouir et de disposer « de la chose de la manière la plus absolue, pourvu qu’il « n’en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements ».

L’annonceur ou l’agence de publicité qui auront l’intention d’apposer une affiche sur tel mur ou tel pignon, d’édifier un panneau sur tel terrain, de placer un pavillon ou une réclame lumineuse sur tel toit de maison, devront s’adresser aux propriétaires respectifs de ce mur, ce pignon, ce terrain, cette maison afin de conclure valablement le contrat qui leur en accordera la jouissance exclusive.

Si l’affichage sur le mur loué avait été libre jusqu’alors il cessera de l’être. Afin d’en avertir les tiers, et en particulier les professionnels, il suffira au preneur d’y inscrire son nom ou sa raison sociale (1).

Le propriétaire ne sera pas obligatoirement un particulier : l’Etat, les départements, les communes, les établissements publics sont, quant à leur domaine privé, dans la situation de tout propriétaire et peuvent conclure tous marchés à cet égard (2).

En effet, si la loi du 29 juillet 1881 a supprimé les pouvoirs de police des maires en matière d’affichage, elle n’a pas porté atteinte aux droits de propriété des communes sur les édifices qui font partie de leur patrimoine. Dès lors il est loisible au maire, en sa qualité d’administrateur des intérêts civils de la commune de concéder à des tiers le droit d’affichage sur les bâtiments communaux (3). Il ne

1. Trib. Com. Lyon, 7 juin 1912, *Gaz. Com. Lyon*, 23 nov. 1912.

2. Trib. Civ. Seine, 25 janv. 1882, *Gaz. Pal.*, 1882.1.313.

3. Trib. Com. Périgueux, 19 avril 1912, *Gaz. Trib.*, 25 août 1912 ; Trib. Civ., La Roche-sur-Yon, 18 mai 1909, *Gaz. Trib.*, 9 juillet 1909 ; Cons. d’Etat, 28 déc. 1900. S. 1903.3.67 ; Trib. Civ. Boulogne-sur-Mer, 15 mai 1903 ; *Gaz. Trib.*, 1903, 2^e sem. 2.188.

sera pas contraint de procéder par voie d'adjudication : un simple traité passé de gré à gré suffira (1). Il sera libre de choisir l'une ou l'autre de ces formalités, sans que le Conseil d'Etat soit compétent pour apprécier les motifs de son choix (2).

* * *

Mais les difficultés apparaissent dans deux cas que nous allons étudier successivement :

Premier cas. — L'emplacement qui est l'objet du contrat d'affichage est compris dans un immeuble loué à un ou plusieurs locataires. Nous ajouterons quelques mots sur les cas voisins où l'immeuble est l'objet d'un usufruit, d'un droit d'usage, d'un bail emphythéotique ou d'une anti-chrèse.

Deuxième cas. — L'emplacement consiste en un mur mitoyen joignant deux bâtiments dont l'un a été démoli. Ce fait est généralement le résultat d'une expropriation.

§ 1^{er}. — Propriétaires et locataires

Le problème peut être ainsi posé : Le propriétaire d'un immeuble qui possède, comme nous l'avons vu, le droit exclusif d'affichage subit-il une diminution de son droit, du fait qu'il a loué son immeuble à un ou plusieurs locataires ? ou si l'on préfère : le louage d'un immeuble comprend-il au bénéfice du preneur, le droit d'exploiter l'affichage sur les lieux loués ?

1. Ordonnance du 14 nov. 1837. S. 1838.2.95 ; Loi du 5 avril 1884, art. 115. D. P. 1884.4.58.

2. Cons. d'Etat, 15 avril 1910., S. 1912.3.123.

A défaut de dispositions législatives, nous sommes contraints de nous référer aux principes généraux.

1° LES DROITS DU LOCATAIRE

Le preneur d'une maison, d'un appartement, d'un terrain clos par un mur, ou une palissade, etc..., en concédant à des tiers la jouissance en vue de l'affichage d'un pignon, d'un mur de façade ou de clôture, fait une sous-location d'une partie de la chose louée (1).

L'article 1713 accorde au preneur le droit de sous-louer si cette faculté ne lui a pas été interdite.

Mais l'article 1728 prescrit au preneur « d'user de la chose suivant la destination qui lui a été donnée par le bail ou suivant celle présumée par les circonstances, à défaut de convention ».

Nous devons donc, le cas échéant, nous tenir aux clauses du bail : si le propriétaire a interdit à son locataire d'afficher ou de céder le droit d'affichage, il ne sera pas tenu de respecter les conventions intervenues entre le locataire et un agent de publicité : il pourra obliger ce dernier à retirer les affiches apposées malgré les clauses du bail (2). Les articles 1713 et 1728 sont d'accord à ce sujet.

Mais, à défaut d'indications précises dans le bail, nous devons reconnaître que si un immeuble est loué soit à usage d'habitation, soit à usage commercial, on ne peut vraisemblablement pas présumer que les parties ont prévu tacitement l'exploitation par le preneur des façades

1. Trib. civ. Seine, 20 juin 1882, *Gaz. Pal.*, 1881.1882.2.231.

2. Trib. Paix Paris, 13 juin 1912, *Gaz. Trib.*, 12 nov. 1912.

extérieures en vue de l'affichage. Cette exploitation nous apparaît comme une violation de l'article 1728 du Code civil.

L'article 1728 est une conséquence logique de la conception du louage de choses dans le Code civil.

Les droits du preneur sont strictement limités et ne sont pas comparables aux droits qu'aurait un propriétaire dans les mêmes circonstances.

Le preneur ne peut pas user de la chose louée suivant son bon plaisir et la faire servir aux fins qui lui conviennent, quant même la jouissance qu'il voudrait y substituer ne serait pas dommageable au propriétaire : il ne peut en user que conformément à la convention ou aux circonstances c'est-à-dire, dans les deux cas, suivant une règle bien déterminée (1). Tel est le sens de l'article 1728.

La jurisprudence fait de nombreuses applications de ce principe.

Ainsi le preneur ne peut pas établir un café, un restaurant ou un hôtel dans une maison qui a toujours été louée bourgeoisement (2). Un appartement destiné à l'habitation du preneur et de sa famille ne peut pas être sous-loué à un cercle littéraire (3). Lorsqu'un locataire a loué une boutique appropriée à un commerce donné, il ne peut la sous-louer à une personne exerçant un commerce différent (4). On pourrait multiplier les exemples, montrant combien le droit du preneur est limité.

Quand un propriétaire donne à bail un appartement ou une maison, à usage d'habitation ou à usage commercial,

1. Aubry et Rau, V, § 367-1° ; Guillouard, I, 195 ; Laurent, XXV, § 258 ; Duranton, XVII, n° 95.

2. Bastia, 4 mai 1892, D. P. 1892.2.446.

3. Aix, 31 janv. 1833, *Sir.*, 1833.2.485.

4. Bourges, 4 mars 1842, D. P. 1844.2.30.

il ne fait que concéder au preneur le droit strict d’habiter cet appartement, cette maison, ou d’y exercer son commerce dans des conditions normales. Rien de plus.

Le preneur peut faire certains actes qui sont à la fois conformes aux usages et nécessaires à sa jouissance tels que l’apposition d’une enseigne, s’il est commerçant. Mais son droit est toujours limité aux choses utiles à sa jouissance.

En conséquence, si nous appliquons l’article 1728 à notre matière, comme on ne peut prétendre que le droit d’exploiter l’affichage sur les murs d’un immeuble loué est un usage normal de la chose et est nécessaire à la jouissance du preneur, le bailleur pourra donc l’interdire à celui-ci (1). En cas de refus il pourra soit faire résilier le bail, soit obliger le preneur à remettre l’immeuble en état. S’il établit qu’un préjudice lui a été causé, il sera en outre fondé à lui réclamer immédiatement des dommages-intérêts, sans être tenu d’attendre l’expiration du bail (2).

Il ne faut toutefois pas exagérer le sens de cette interdiction. Le preneur n’a pas le droit d’exploiter l’affichage, mais encore faut-il que cette exploitation constitue un usage non conforme à la destination de la chose louée. Sinon, elle pourra former un des éléments de la jouissance

1. Dans ce sens : Aubry et Rau, t. V, § 365, note 1 bis; Demogue, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1902, p. 902 ; Trib. Paix, Angers, 31 déc. 1891. *Rec. Jur.*, Angers, 1892, p. 93 ; Trib. civ. Bordeaux, 11 fév. 1891, *Jur. Gén., suppl. v° Louage*, n° 177. Trib. civ. Périgueux, 31 mai 1900, D.P. 1902. 2. 337 ; Nancy, 10 fév. 1906. D.P. 1906. 2. 424 ; Trib. com. Saint-Etienne, 8 fév. 1899, D.P. 1902. 2. 337.

Contra : Baudry-Lacantinerie et Wahl, *louage*, I, 508 ; Colin et Capitant, II, 254 ; Trib. Civ. Seine, 7 juillet 1902, *La Loi*, 2 oct. 1902 ; Trib. Civ. Alger, 30 sept. 1902, *La Loi*, 11 nov. 1902.

2. Trib. civ., Bordeaux, 11 fév. 1891 précité. La tolérance du propriétaire peut équivaloir à un consentement tacite, mais elle n’engage pas pour l’avenir. Le propriétaire sera toujours maître d’ordonner la remise en état des lieux loués.

qu'il a acquise en vertu du bail. Si le preneur d'un local à usage de commerce est une agence de publicité, ou une agence de ventes et locations, il aura le droit d'apposer sur sa façade des cadres réclames, où il indiquera au public, outre les transactions qui constituent son commerce, des offres et demandes d'emploi, les adresses des maisons recommandées (1) etc., etc... Ces cadres seront en quelque sorte un des éléments de son commerce.

C'est donc bien par application de l'article 1728 que le preneur d'un immeuble n'a pas le droit d'exploiter l'affichage sur les murs de celui-ci. D'autres arguments ont été fournis en faveur ou à l'encontre de cette thèse. Nous allons les examiner rapidement.

1° Le propriétaire peut être contraint de céder la mitoyenneté de ses murs ; on ne saurait, d'autre part lui contester le droit de créer des servitudes sur ces surfaces. On voit à quel point la jouissance du locataire de l'immeuble sur les murs extérieurs est précaire. Comment dans ces conditions, peut-on lui permettre de l'exploiter (2) ?

Un autre argument a été invoqué en faveur de notre théorie : « Du fait de l'affichage concédé au locataire, dit « un Jugement du Tribunal civil de Périgueux, l'aspect « général de la maison peut être gâté, la susceptibilité « des autres locataires éveillée, leur jouissance gênée (3) ». Ceux-ci se retourneront donc contre leur propriétaire qui subira de ce fait un préjudice.

Cet argument n'est pas sans valeur, mais il ne faut pas

1. Trib. Civ., Seine 14 janv. 1902 *Gaz. Trib.*, 1902, 2^e sem. 227.

2. Trib. Paix Angers, 31 déc. 1891, précité.

3. Trib. Civ., Périgueux, 31 mai 1900, précité.

en généraliser l'application et conclure que si nous refusons au preneur le droit d'exploiter l'affichage, c'est en raison du préjudice causé soit au bailleur soit aux co-locataires du preneur. En fait, l'immeuble pourra subir une dépréciation analogue par suite d'un abus d'enseigne alors que nul ne songe à contester au preneur le droit d'avoir une enseigne (1).

D'autre part, si l'on interdit au preneur le droit d'exploiter l'affichage simplement en raison du préjudice causé au preneur ou aux locataires, on est amené à l'accorder au locataire *unique* d'une maison à charge pour lui de remettre les murs en état à l'expiration du bail (2). Or, que l'immeuble ait été loué à un locataire unique ou à plusieurs locataires l'article 1728 reste toujours applicable.

3° Signalons encore un autre argument proposé en faveur du droit de locataire *unique* seulement. L'article 17 de la loi du 29 juillet 1881 est ainsi conçu : « Seront punis... ceux qui auront enlevé, déchiré ou altéré... des affiches électorales... apposées *ailleurs que sur les propriétés* de ceux qui auront commis cette lacération, ou altération ».

Or, la Cour de cassation a jugé que si l'immeuble sur les murs desquels le délit a été commis, est loué à un locataire unique, celui-ci est « substitué aux droits du propriétaire à cet égard » (3).

On s'est servi de cette disposition de la Loi de 1881 pour déterminer, à qui appartient le droit d'exploiter l'affichage : « le *propriétaire*, dit un jugement de Tribunal de commerce de Saint-Etienne qui applique la loi litté-

1. Trib. Civ., Seine, 25 janv. 1883, *Gaz. Pal.*, 1883. 1.325.

2. Note de M. Botstel sous Trib. com. Saint-Etienne, précité.

3. Cass., 29 janv. 1883. D. P. 1884. 1.138 ; Cass., 15 nov. 1884. D. P. 1885. 1.477 ; Cass., 8 août 1890. D. P. 1891. 1.191 ; Cass., 18 janv. 1890. *Sir.* 1890. 1.237.

ralement, à la faculté... contrairement au droit commun... d'enlever les affiches apposées sans son autorisation... il a, à plus forte raison, le droit exclusif de disposer seul, nonobstant toutes prétentions contraires de ses locataires, du droit d'affichage sur les murs, palissades et clôtures de sa propriété (1) ».

A quoi M. Boistel répond en appliquant l'interprétation de la Cour de cassation et en accordant le droit d'afficher au locataire unique « substitué aux droits du propriétaire » (2).

Mais M. Boistel, lui-même, juge cet argument hors de propos. La disposition de l'article 17 de la Loi de 1881 est une disposition de Droit pénal dont on ne peut faire état dans une pure interprétation du contrat. Ensuite, de ce que le propriétaire ou le locataire unique a seul le droit de lacérer des affiches électorales posées sur un immeuble, conclure que ce même propriétaire ou ce même locataire a le droit d'exploiter l'affichage sur cet immeuble nous paraît une déduction trop osée, certainement en dehors des prévisions des rédacteurs de la Loi de 1881 et de la Cour de cassation.

Nous préférons nous en tenir aux règles du Code civil et refuser au preneur le droit d'exploiter l'affichage, par la simple application de l'article 1728.

2^o LES DROITS DU PROPRIÉTAIRE

Nous avons refusé au locataire le droit d'exploiter l'affichage sur les murs de l'immeuble loué. Nous l'accorde-

1. Trib. com. St-Etienne, 8 février 1899 précité.

2. Note sous Trib. com. St-Etienne, 8 fév. 1899 précité.

rons au propriétaire. L'article 554 du Code civil lui donne en effet « le droit de jouir et de disposer de la chose de la manière la plus absolue ». Il est vrai qu'il a loué la chose à un tiers. Mais cette location ne l'oblige qu'à faire jouir le preneur de la chose pendant un certain temps. Pourvu que ce dernier puisse jouir de la chose, le bailleur restera en droit d'utiliser l'affichage sur les murs de l'immeuble loué. Son droit, cependant, sera loin d'être absolu : il sera rigoureusement limité par l'article 1719 du Code civil qui prescrit au bailleur « de faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail ».

Si donc l'affichage est de nature à causer au preneur un trouble tel que sa jouissance ne soit plus entière, il sera possible d'interdire au bailleur l'utilisation des murs en vue de l'affichage.

Les tribunaux qui ont eu à trancher des litiges où le droit du propriétaire était en cause, ont généralement résolu la question dans ce sens.

Il s'est produit, du reste, une transformation remarquable dans la façon dont la jurisprudence a envisagé le problème.

D'abord on a posé le problème comme nous l'avons posé au début de ce chapitre : Le propriétaire transmet-il à son locataire le droit qu'il possédait avant le bail de louer à des tiers le droit d'affichage sur les murs ?

Puis l'exploitation des murs en vue de l'affichage est apparue comme une modification des lieux loués contraire à leur destination primitive, interdite par conséquent au locataire et permise au propriétaire seulement dans la mesure où il n'en résulterait aucun trouble pour le locataire (1).

1. Note sous Cass., 11 fév. 1907. D. P. 1908.1.276.



La solution sera donc différente selon que l'affichage pour le bailleur aura lieu sur la façade ou sur les pignons. Le recouvrement des murs de façade, souvent ornés et sculptés, par des affiches multicolores ou par des motifs lumineux causera la plupart du temps au preneur un trouble évident, aussi bien dans le cas du locataire unique que dans le cas d'une pluralité de locataires. Le preneur pourra donc opposer un droit de *veto* (1).

Au contraire, le recouvrement des pignons ou des murs de clôture d'un terrain, suivant un usage très répandu, l'apposition d'un panneau, d'une affiche lumineuse sur le toit d'un immeuble de grande ville, ne causeront de trouble au preneur qu'exceptionnellement (2) tandis que le locataire d'un hôtel particulier, dans une ville, ou d'une maison bourgeoise à la campagne, estimeront leur habitation dépréciée si le propriétaire en livre une partie quelconque à une agence d'affichage (3). Les tribunaux auront à rechercher l'existence ou l'absence de trouble dans chaque cas particulier.

1. Trib. civ. Seine, 4 juil. 1843. *Le Droit*, 5 juil. 1843 ; Trib. Paix, Toulouse, 29 av. 1891. *Gaz. Tr. Midi*, 28 juin 1891 ; Trib. civ. Seine, 12 mars 1901. D. P. 1903.2.257 ; Trib. Paix Marseille, 9 avril 1907. *Sir.*, 1908.2.182 ; Hue, X.289 ; Agnel, *Code des prop. et loc.*, n° 183 ; Barbier, *Code de la Presse*, I, 203 ; Le Poittevin, *Traité de la Presse*, I, 319 ; Aubry et Rau. V, § 365.

2. Trib. Paix Angers, 31 déc. 1891 précité ; Trib. civ. Seine, 12 mars 1901 précité.

En sens contraire : Trib. civ. Seine, 28 fév. 1883. *Gaz. Pal.*, 1882. 83, 2^e sem, p. 32. V. aussi Trib. com. St.-Etienne, 8 fév. 1899 et Trib. civ., Périgueux, 31 mai 1900 précités, qui accordent au propriétaire un droit absolu.

3. V. Trib. Paix de St.-Josse-ten-Noode, 28 octobre 1885. *Pand. Pér. Belges*, 1889, n° 84 ; cas curieux de trouble apporté au preneur par suite de l'affichage sur un pignon.

* * *

On a pu s'étonner, au cours de cette section de ne trouver aucune citation d'arrêts de la Cour de cassation, relatifs à notre sujet. Consultée une fois, la Chambre des Requêtes a évité de se prononcer sur la question qui lui était soumise. « Est souveraine, a-t-elle jugé, échappe au contrôle de la Cour de cassation la décision qui déclare, d'après les clauses du bail et l'intention des parties, que le propriétaire n'a point transmis à son locataire le droit de louer les murailles extérieures à des tiers pour y placer des affiches » (1).

Il est regrettable que la Cour de cassation n'ait point trouvé l'occasion de se prononcer catégoriquement. Nous pouvons cependant constater qu'en laissant une importance aussi considérable à l'intention présumée des parties, elle a permis aux tribunaux d'appliquer strictement les principes généraux du Code civil relatifs au louage des choses, en particulier l'obligation pour le bailleur de faire jouir paisiblement le preneur (art. 1719) et l'obligation pour le preneur d'user de la chose conformément à sa destination (art. 1728). Les décisions conformes à ces théories ne manqueront certainement pas d'avoir l'approbation de la Cour suprême.

§ 2. — Propriétaires et usufruitiers, usagers, etc.

L'usufruitier. — Si la nue propriété d'un immeuble comprenant un emplacement susceptible d'affichage appar-

1. Cass., 11 février 1907. *Sir.*, 1908.1.326 ; D. P. 1908.1.276 et la note.

tient à une personne et l'usufruit à une autre, à qui revient le droit d'exploiter l'affichage sur cet emplacement?

L'article 578 du Code civil donne à l'usufruitier le droit d'user et de jouir de la chose *comme le propriétaire lui-même*.

L'usufruitier aura donc le droit d'exploiter l'affichage à son profit. Mais il peut rencontrer un obstacle dans cette règle qu'il « doit jouir comme le propriétaire lui-même » c'est-à-dire en respectant la destination donnée par celui-ci à la chose (1).

D'une façon générale, il pourra exploiter l'affichage toutes les fois que le nu propriétaire eût été susceptible de le faire. Son droit n'est restreint qu'au cas où l'affichage sur les murs de l'immeuble qui fait l'objet de l'usufruit constituerait un usage anormal de la chose, auquel le propriétaire n'aurait jamais voulu prétendre.

A l'inverse, le nu propriétaire n'a aucun droit à l'affichage. L'usufruitier, en effet, a le droit de jouir de la chose et tous les auteurs sont d'accord pour lui reconnaître le droit de donner la chose à bail, à l'exclusion du nu propriétaire.

L'usager. — L'usage confère le droit de se servir de la chose et celui de percevoir les fruits, mais dans la mesure des besoins de l'usager et de sa famille (C. civ., art. 630). Celui-ci n'aura donc pas le droit de tirer profit de la chose en concédant à des tiers le droit d'y apposer des affiches. Ce droit appartiendra, au contraire, au propriétaire dans la mesure où il ne troublera pas l'usage de la chose.

L'emphytéote. — En vertu de son droit réel (2) sur la

1. Colin et Capitant, I, p. 796. Ainsi l'usufruitier ne peut pas transformer en hôtel un immeuble destiné à être habité bourgeoisement. Planiol, I, n° 2819.

2. Loi du 25 juin 1902, article 1^{er}.

chose l’Emphytéote a seul le droit d’exploiter l’affichage.

L’antichrérisme. — Le créancier antichrérisme ne peut changer le mode de jouissance établi par le débiteur. Il doit user de la chose suivant sa destination (1). Mais d’autre part il est de l’intérêt commun au créancier et au débiteur d’augmenter les fruits de l’immeuble donné au antichrèse. Si, toutefois, l’affichage ne constitue pas un usage anormal de la chose, l’antichrésiste pourra l’exploiter, à charge d’en imputer les bénéfices sur les intérêts et ensuite sur le capital de sa créance comme le prescrit l’article 2085 du Code civil.

§ 3. — L’affichage sur les murs mitoyens

A qui appartient le droit d’afficher sur chacune des faces d’un mur mitoyen ?

Généralement le mur mitoyen qu’on destine à l’affichage est un pignon sur lequel l’un des co-propriétaires appuie ses constructions et qui ne sert à l’autre qu’en qualité de clôture de son terrain. Le cas est fréquent.

La mitoyenneté donne à chacun des co-propriétaires le droit de se servir du mur mitoyen pour tous les usages auquel il est destiné d’après sa nature. Chacun des co-propriétaires a l’usage exclusif de la face qui se trouve de son côté et il peut en user librement si l’usage qu’il veut en faire n’est pas de nature à gêner son co-propriétaire (2). C’est la seule restriction que le Code civil apporte à son droit (C. civ., art. 657). Le principe même de la mitoyenneté est le droit pour chaque co-propriétaire d’user de la

1. Aubry et Rau, VI, § 438.

2. Aubry et Rau, t. II, § 222, p. 427; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens*, n° 969; Planiol, II, 2511.

chose d'après sa destination et d'en tirer les avantages qu'elle peut fournir, à condition de ne pas nuire aux droits de son co-propriétaire.

De même que l'un des copropriétaires utilise le mur comme support à son bâtiment, l'autre pourra l'utiliser en vue de l'affichage, à condition que cet affichage n'entraîne pas une dépréciation de l'immeuble de son copropriétaire. Les juges du fond auront à examiner ce point. En particulier, dans les grandes villes où l'affichage sur les pignons est tellement répandu qu'il semble constituer un usage normal de ces pignons, le voisin ne pourra guère prétendre que son bâtiment a été déprécié.

* * *

La possibilité d'apposer des affiches sur un mur mitoyen provient souvent de ce que ce mur a été mis à découvert par suite d'une expropriation pour cause d'utilité publique.

En appliquant nos principes, nous devons conclure que le droit d'afficher appartient soit à l'exproprié, soit à la commune (ou l'Etat) expropriante, si celle-ci a acquis la mitoyenneté du mur. Or, la question ne fait pas de doute, le jugement d'expropriation transporte à l'expropriant la propriété de l'immeuble exproprié avec les droits et obligations qui y sont attachés ; l'expropriant succède donc aux droits et aux obligations résultant de la mitoyenneté, même après que le sol de la maison démolie a été réuni à la voie publique (1).

1. Cas., 31 janv. 1876. D.P. 1877.1.230 ; Cas., 21 nov. 1862. D.P. 1862.1.373.

Il est incontestable que le mur mitoyen, bien qu'il ne puisse plus servir qu'à la maison restée debout, et qu'il ait perdu sa destination de mur mitoyen pour prendre celle de mur de face n'est pas pour cela devenu la propriété exclusive du propriétaire de la maison non démolie (1).

La mitoyenneté du mur étant acquise à l'expropriant, c'est donc lui qui aura le droit *exclusif* d'y exploiter l'affichage sur la face demeurée à découvert, si toutefois cet affichage n'est pas la cause d'une dépréciation sensible de l'immeuble resté debout (2).

* * *

Dans un cas cependant nous devons adopter une solution différente.

Le propriétaire d'un immeuble l'a démoli volontairement ou a été forcé de le démolir pour cause de vétusté. Or le terrain sur lequel était bâti cet immeuble avait été déclaré retranchable, et, en fait, le propriétaire a dû abandonner une partie de son terrain qui a été réunie à la voie publique. L'indemnité qu'il a reçue de l'Etat ou de la commune, aux termes de l'article 50 de la loi du 16 septembre 1807, ne représente que la valeur du terrain délaissé à l'exclusion de toutes constructions.

Si, sur l'un des côtés du terrain retranché était élevé un mur mitoyen dont l'une des faces a été mise à décou-

1. Cas., 31 janv. 1866. D. P. 1866.1.256.

2. Trib. Civ. Seine, 24 déc. 1891, *La loi*, 19 janv. 1892; Trib. Civ. Seine 15 avril 1893, *La loi*, 29 mai 1893. Capitant II, p. 525. V. aussi note sous Cas., 11 fév. 1907 D. P. 1908.1.276 *in fine*.

vert du fait de la démolition, à qui appartiendra le droit d'y apposer des affiches ?

Nous venons de voir que l'indemnité touchée par le propriétaire ne représentait pas la valeur des constructions. Mais d'autre part la commune (ou l'Etat) qui a payé l'indemnité a acquis la propriété de la moitié du sol sur lequel est bâti le mur mitoyen. N'a t-elle pas quelque droit sur le mur bâti en partie sur son terrain ? Nullement. On ne peut appliquer ici l'article 553 du Code civil qui attribue au propriétaire du sol la propriété des constructions élevées sur ce terrain, car ce même article prévoit la possibilité de la preuve contraire. Or la preuve est évidente, du fait de l'article 50 de la loi du 16 septembre 1807. Et si la commune (ou l'Etat) a consenti à verser dès le jour de la démolition l'indemnité représentant la moitié du sol sur lequel est bâti le mur mitoyen, alors qu'elle aurait pu attendre le jour où elle aurait été en mesure de jouir effectivement de cette parcelle de terrain, c'est-à-dire le jour où elle aurait exproprié l'autre propriétaire, il n'en résulte pas qu'elle soit devenue copropriétaire du mur mitoyen au mépris de la loi du 16 septembre 1807.

Nous appliquerons donc strictement cette loi en déclarant que le copropriétaire qui a touché une indemnité représentant la valeur du sol et non celle des constructions, conserve son droit de copropriété sur les murs mitoyens, alors même que l'indemnité allouée comprend la valeur de la moitié du sol qui supporte ces murs.

Par suite, c'est à lui comme étant seul appelé à recueillir les fruits de cette copropriété et non à l'Etat ou à la commune qu'appartient le droit d'exploiter l'affichage sur ces murs (4).

1. Gas., 8 nov. 1871. D.P. 1871.1.305 et la note.

CHAPITRE IV

OBLIGATIONS DES PARTIES

Les parties sont tenues d'exécuter les obligations qu'elles ont librement consenties. Toutes les clauses du contrat d'affichage, conformément à l'article 1134 du Code civil, sont obligatoires au propriétaire et à l'annonceur qui les ont souscrites, même si elles sont contraires à *l'usage* : « Aucun usage en publicité, dit fort bien le Code des usages » (art. 4), ne prime les conventions valablement intervenues entre les parties conformément au droit commun. »

Les clauses du contrat peuvent même apporter des dérogations à la loi, à condition toutefois qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public.

Ainsi, est nulle la clause par laquelle le preneur s'engage à n'intenter aucune action contre le bailleur, pour quelque cause que ce soit, pendant toute la durée de la convention (1).

Hormis cette restriction, les parties règlent leurs obligations respectives comme bon leur semble. Mais en l'absence de conventions, le droit commun applicable est contenu dans les titres du Code civil relatifs au louage de choses.

1 Cas., 19 janvier 1863. D. P. 1863.1.248.

SECTION I

OBLIGATIONS DU BAILLEUR

Elles sont inscrites aux articles 1719 et 1720 du Code civil et peuvent être ainsi résumées : *Procurer au preneur la jouissance de la chose louée pendant la durée du bail* (1).

Cela comprend :

La délivrance de l'emplacement (C. civ., art. 1720) ;

Son entretien en bon état (C. civ., art. 1720) ;

La garantie des vices (C. civ., art. 1721) ;

La garantie des troubles (C. civ., art. 1719, 1723, 1724, 1725, 1727).

En raison de la nature même de la chose louée, l'obligation de délivrance, l'obligation d'entretien et la garantie des vices ne présentent pas de grosses difficultés. D'une façon générale, l'annonceur prend le mur, le pignon, la palissade loués dans l'état où ils se trouvent. Le bailleur n'a pas de préparation à faire subir à l'emplacement et l'annonceur l'utilise comme il l'entend, soit en y apposant une affiche de papier ordinaire ou ayant subi une préparation spéciale, soit en y apposant une affiche métallique, soit en peignant directement sur l'emplacement le dispositif de son annonce.

Dans ces conditions, le bailleur a rempli sa triple obligation de délivrance, d'entretien et de garantie des vices, quand il a mis à la disposition de l'annonceur l'emplacement désigné, pourvu que cet emplacement *soit* et *demeure* en état de recevoir des affiches.

1. Planiol II, 1675 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, I, 271.

Le bailleur engage sa responsabilité dans le cas contraire. Ainsi il a été jugé qu'il ne satisfait pas à son obligation de délivrance, s'il ne donne pas au preneur le moyen d'accéder au mur loué, ce qui est indispensable pour la pose et l'entretien des affiches. En l'espèce, le mur était situé le long d'une voie ferrée, et la Compagnie de chemins de fer ayant refusé le droit de passage à l'annonceur, le tribunal a résilié le contrat « attendu qu'aux termes de l'article 1719 « du Code civil, le bailleur est obligé, par la nature même « du contrat de *délivrer* au preneur la chose louée et de « l'en faire jouir paisiblement (1) ».

L'obligation imposée au bailleur de faire jouir paisiblement le preneur, le contraint de réparer les conséquences des troubles apportés à la jouissance personnelle de ce dernier par tout acte émanant d'une personne quelconque (2). Nous examinerons successivement les troubles provenant du bailleur et d'un tiers.

§ 1. — Troubles du bailleur.

La question de l'exclusivité

Le bailleur étant obligé pendant toute la durée du bail de faire jouir le preneur, ne peut le troubler : il doit s'abstenir de tous faits susceptibles de priver le preneur d'une partie des avantages que celui-ci était en droit d'espérer du bail (3).

Le bailleur ne peut pendant la durée du bail changer la forme de la chose louée (C. civ., art. 1723). Si les empla-

1. Trib. Com. Nantes, 24 août 1912, *Rec. Nantes*, 1919. I. 138.

2. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage* I, 451.

3. Aubry et Rau, V. 366. 3^e A. p. 294 ; Guillouard, t I, n^o 127 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n^o 452.

cements ont reçu un agencement spécial destiné à attirer l'attention du public, le bailleur ne peut le modifier.

A fortiori, si le directeur d'un théâtre remplace son rideau par un autre qui ne contient plus l'annonce d'un locataire d'une case, il doit rembourser à ce dernier le prix de la location sans préjudice des dommages-intérêts (1).

« Si durant le bail la chose louée, a besoin de réparations urgentes qui ne puissent être différées jusqu'à la fin du bail ; le preneur, aux termes de l'article 1724, doit les souffrir, quelque incommodité qu'elles lui causent et quoiqu'il soit privé pendant qu'elles se font d'une partie de la chose louée.

« Mais si ces réparations durent plus de quarante jours, le prix du bail sera diminué à proportion du temps et de la partie de la chose louée dont il aura été privé. »

Ces dispositions s'appliquent naturellement à l'immeuble qui contient un emplacement d'affichage. Le propriétaire de cet immeuble, ne saurait être mis dans l'alternative de voir sa maison tomber en ruines faute de réparations, ou de faire résilier à ses dépens les contrats conclus avec les annonceurs.

Mais ces cas sont d'application rare. Il est une autre obligation du bailleur d'une importance plus considérable que nous allons examiner maintenant.

LA QUESTION DE L'EXCLUSIVITÉ

Voici quelques exemples. Une voiture de transports en commun contient vingt cases destinées à recevoir des affiches d'égale grandeur. Un commerçant loue une de ces

1. Trib. com., Seine, 21 février 1874, *Le Droit*, 12 mars 1874.

cases et y appose une affiche annonçant un produit. Mais une maison rivale loue les dix-neuf autres cases dans lesquelles elle annonce un produit destiné à concurrencer sur le marché celui du premier commerçant.

Ce dernier dira à son bailleur : « Vous devez me faire
« jouir paisiblement de la case que vous m’avez louée pour
« annoncer mon produit. Or, en louant les autres cases à
« mon concurrent, vous m’empêchez de retirer de ma
« case toute la jouissance sur laquelle j’étais en droit de
« compter. Mon affiche, en effet, placée à côté des dix-
« neuf autres, non seulement ne portera aucun fruit, mais
« dans l’esprit du public, semblera marquer l’infériorité
« de mon produit par rapport à celui de mon concurrent ».

Un industriel loue la moitié d’une palissade et y appose une affiche concernant une liqueur ou un apéritif ; or, le propriétaire de la palissade cède l’autre moitié à une ligue anti-alcoolique qui l’utilise pour prédire les plus funestes désastres à ceux qui usent des liqueurs ou des apéritifs. L’affiche de l’industriel, n’aura sur le public qu’un effet très diminué ; les passants qui observeront simultanément les deux affiches pourront même faire une comparaison désavantageuse pour l’industriel. Celui-ci n’est-il pas en droit de reprocher à son bailleur d’avoir mis obstacle à sa paisible jouissance ?

Tel est le problème de l’Exclusivité.

Il est intéressant de remarquer que la doctrine et la jurisprudence discutent âprement, à propos des obligations des bailleurs, une question qui présente une grande analogie avec le problème de l’exclusivité en matière d’affichage : le bailleur trouble-t-il la jouissance du preneur s’il loue une autre portion de l’immeuble à un second preneur

exerçant le même commerce ou la même industrie que le premier ?

Les auteurs sont divisés sur cette question (1) et la jurisprudence donne des solutions qui varient avec chaque cas, d'espèce (2).

Revenons aux locations d'emplacements. Dans les deux exemples que nous avons cités, il semble bien évident que la jouissance du preneur est troublée.

Cependant, il faut bien se garder de trop généraliser et d'admettre que toutes les fois qu'un bailleur loue des emplacements voisins à deux annonceurs concurrents ou ayant des intérêts contraires, il en résulte un obstacle à la jouissance du preneur, susceptible de permettre la résiliation du contrat ou une diminution du bail.

Nous n'allons pas aussi loin que M. Albucher : « l'entrepreneur d'affichage, dit-il, ne peut certainement pas imposer au preneur une compagnie qui, pour une cause quelconque lui causerait un préjudice certain ». L'obligation de *faire jouir*, imposée au bailleur par l'article 1719 ne peut s'entendre que d'une jouissance complète au point de vue matériel et au point de vue moral ; il faut, en d'autres termes que le preneur ait la jouissance entière de la chose louée et que cette jouissance soit, en quelque sorte, de bonne qualité, mais le bailleur ne peut en aucune manière garantir les profits que le preneur pourrait retirer de la chose louée !

Il est généralement très avantageux pour un commerçant

1. Pour l'affirmative : Guillouard, I, 136 s. ; Beudant, n° 523. Pour la négative : Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n° 484 s. ; Laurent, XXV, n° 132 s. ; Huc, X, 299. MM. Aubry et Rau soutiennent un système intermédiaire, t. V, § 366-3°, A., p. 295.

2 V. les nombreux arrêts cités dans Baudry-Lacantinerie et Wahl, en note dans le n° 483.

d'être le seul à annoncer, dans un lieu donné, un produit déterminé.

Par exemple, supposons qu'un *impresario* veuille annuler un concert pour une date donnée. Il loue à cet effet une case dans un rideau de théâtre. Mais le propriétaire du rideau loue à un autre *impresario* une case voisine, dans laquelle ce dernier annonce également un concert pour la même date.

La location de la deuxième case, consentie par le propriétaire, porte évidemment préjudice au premier *impresario*, puisque le public qui lit les annonces du théâtre sera sollicité de deux côtés à la fois. Le propriétaire en est-il responsable ? Aucunement. Chacun de ses locataires a usé de la case comme il l'entendait, leur jouissance a été paisible. Le bailleur n'est pas tenu de leur garantir les profits qu'ils comptaient retirer de leur réclame.

Ce preneur, objectera-t-on n'aurait pas loué s'il avait su que son affiche serait voisine d'une affiche concurrente. Nous répondons qu'il n'avait qu'à prendre ses précautions en faisant insérer une clause d'interdiction dans le bail. Cette clause est licite (1), même quand elle est nettement dirigée contre un concurrent.

Au contraire, dans les deux exemples que nous avons donnés, la location consentie au concurrent met véritablement obstacle à la jouissance de l'annonceur puisque celui-ci est réduit à examiner s'il conserve quelque intérêt à utiliser la case louée ou s'il ne serait pas préférable de ne point s'en servir.

La question cependant est délicate.

Il appartient aux juges du fond de considérer si la jouis-

1. Trib. Com. Lyon, 28 fév. 1911 ; *Gaz. Com. Lyon*, 12 juillet 1911.

sance du preneur est véritablement troublée ou si la location consentie par le bailleur à l'annonceur concurrent diminue seulement le profit escompté par le preneur. Dans tous les cas, si la location consentie au concurrent a été faite dans le but de causer préjudice à l'annonceur, ou s'il résulte des circonstances que les parties ont tacitement entendu ne créer aucune concurrence au preneur, le bailleur sera responsable du trouble causé à celui-ci.

En revanche l'annonceur peut être présumé avoir renoncé spécialement à l'exclusivité. Il en est ainsi dans les nombreux cas de publicité collective, hormis l'hypothèse où la location consentie au concurrent est nettement dirigée contre l'annonceur primitif. Quand un commerçant loue une case sur un rideau de théâtre, un panneau d'une gare ou dans une voiture de transport, il doit tout de même s'attendre à voir son affiche voisiner avec des affiches de marques concurrentes.

Enfin le simple voisinage de deux affiches d'annonceurs concurrents n'est pas nécessairement la cause d'un trouble de jouissance.

Si l'on admet ces correctifs, le principe de l'exclusivité semble bien découler d'une part de la nature même de notre contrat et du but commun poursuivi par les parties à savoir la réalisation d'un acte de publicité et d'autre part de l'obligation de faire jouir le preneur, inscrite dans l'article 1719 du Code civil : le bailleur ne doit pas concéder les espaces voisins à des concurrents du preneur, si cette concession cause véritablement un préjudice à ce dernier, et si ce préjudice résulte d'un obstacle à sa paisible jouissance.

Le seul jugement qui, à notre connaissance, ait été rendu sur la question de l'exclusivité en matière d'affi-

chage, est un jugement du Tribunal civil de la Seine du 13 janvier 1914 (1).

L'Hôtel R... avait concédé à un antiquaire moyennant un loyer annuel le *droit exclusif* de placer dans la galerie du rez-de chaussée dudit hôtel une vitrine destinée à l'exposition d'objets d'arts.

L'Hôtel R... se rendit acquéreur de l'immeuble voisin, le réunit à l'hôtel et le loua en partie à un antiquaire qui y installa une boutique. L'étalage de celui-ci pouvait être vu de la galerie du rez-de-chaussée et les voyageurs de l'hôtel pouvaient y accéder.

Or, si le contrat accordait au locataire de la Vitrine l'exclusivité à l'intérieur de l'hôtel, il était muet quant à l'extérieur.

Le bail étant arrivé à expiration il n'était plus question de résiliation mais le tribunal accorda des dommages-intérêts au preneur « attendu qu'il est manifeste que cette concurrence fait échec au caractère d'*exclusivité* du droit que les demandeurs (les preneurs) sont fondés à revendiquer en vertu de leur contrat ».

§ 2. — Troubles des tiers

En ce qui concerne les troubles provenant du fait d'un tiers, c'est-à-dire de toute personne autre que le bailleur ou ses ayants-causes universels, la loi distingue les troubles de fait et les troubles de droit.

Le *trouble de fait* est celui qui résulte de simples voies de fait, le trouble de droit est celui qui est occasionné au

1. *Gaz.trib.*, 1914, 1^{er} sem. 2.345.

moyen d'une voie de droit, c'est-à dire par une personne qui prétend avoir un droit sur la chose (1).

Le trouble de fait ne donne pas lieu à la garantie : c'est au preneur qu'il appartient de le réprimer (C. civ., art. 1725) ; le bailleur au contraire est responsable des troubles de droit (C. civ., art. 1727) et a seul qualité pour les faire cesser.

Le trouble que le preneur subit le plus souvent consiste dans l'apposition d'affiches émanant de tiers, sur l'emplacement dont il a acquis la jouissance exclusive. Il en résulte, pour le preneur, soit un trouble de droit, soit un trouble de fait.

Si le tiers a apposé ses affiches sur l'emplacement loué, sans prétendre à aucun droit sur lui mais en vertu de la tolérance qu'ont habituellement les propriétaires vis-à-vis des afficheurs, il y a trouble de fait. Le preneur dans ce cas, a qualité pour le faire cesser ; les dommages intérêts qu'il pourra demander devront être limités au préjudice, c'est-à-dire en général, aux frais d'enlèvement des affiches et au rétablissement du mur dans son état antérieur (2).

Mais si le tiers, qui a apposé des affiches sur l'emplacement loué au preneur, prétend qu'il est lui-même le propriétaire de l'emplacement ou qu'il a agi en vertu d'une concession que lui a accordée le propriétaire, il y a trouble de droit. Le preneur, dans ce cas, ne peut agir lui-même contre le tiers, puisqu'il n'a pas de droit réel sur l'emplacement, mais un simple droit personnel contre le bailleur.

1. Guillouard, I, 156 et 166 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, I, 519.

2. Trib. Paix, Paris, 14 févr. 1884. *La loi*, 18 mars 1884, Trib. Paix, Reims, 2 juin 1898, D.P. 1898.2.508, Trib. Paix, Paris, 14 août 1902. *Le Droit*, 10 oct. 1902.

Il devra donc agir contre ce dernier en garantie (1).

Quand un propriétaire a loué à deux personnes différentes le même emplacement, c'est le bail le plus ancien qui prévaut à moins que l'un des deux ait seule acquis date certaine, dans ce cas c'est celui-ci qui prévaut, même s'il est postérieur (2).

Nous avons dit, au début de ce chapitre que les obligations du bailleur peuvent être ainsi résumées : *procurer au preneur la jouissance de la chose louée pendant la durée du bail*.

Les développements qui précèdent confirment l'exactitude de cette formule.

SECTION II

OBLIGATIONS DU PRENEUR

Aux termes de l'article 1728 du Code civil ce preneur est tenu : 1° d'user de la chose louée en bon père de famille ; 2° d'en user suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances à défaut de convention ; 3° de payer le prix du bail aux termes convenus.

1° Le preneur doit se servir de l'emplacement en bon père de famille.

Cela signifie dit Pothier (3), que le preneur doit « jouir et user de la chose qui lui est louée comme un bon père de famille se sert de la sienne propre ; il doit avoir le

1. Rennes, 3 déc. 1912, *Rec. Nantes*, 1913.I.189

2. Trib. com. Seine. 24 juin 1909, *Journ. Trib. Com.*, 1911, p. 53.

3. Pothier, n° 190.

« même soin pour la conserver qu'un bon et soigneux
« père de famille aurait pour la chose qui lui appartient ».

L'annonceur ne doit donc pas détériorer l'emplacement surtout si celui-ci a un caractère permanent. En principe il ne doit pas en modifier la forme ; en tous cas les modifications subies ne doivent pas être telles que l'annonceur ne puisse, à l'expiration du bail, restituer l'emplacement dans l'état où il l'a reçu, à l'époque de l'entrée en jouissance.

Mais l'annonceur peut, dans ces limites, utiliser l'emplacement pour l'apposition des affiches qui lui plaisent.

Cette règle souffre deux exceptions. D'abord il a pu en être convenu autrement : le bailleur, surtout s'il doit assurer l'exclusivité des annonceurs voisins, a pu stipuler que le preneur n'utiliserait l'emplacement loué que pour l'apposition d'affiches relatives à son commerce. Cette clause est fréquente quand le bailleur exploite simultanément un certain nombre d'emplacements.

Ensuite le preneur ne peut apposer des affiches dont le texte ou l'illustration sont contraires aux lois et aux bonnes mœurs et qui, de ce fait sont susceptibles de jeter un discrédit sur l'emplacement loué ou même sur l'immeuble qui le contient.

Le bailleur n'est évidemment pas responsable des délits commis par ses locataires, aussi bien les locataires d'appartements que les locataires des murs. Mais si ces délits lui causent un préjudice il peut prétendre que le preneur n'a pas joui de la chose en bon père de famille et demander la résiliation du contrat sans préjudice des dommages-intérêts.

2° *Le preneur doit utiliser l'emplacement
suivant sa destination*

La destination d'un emplacement loué pour l'affichage est évidemment l'affichage. Le preneur ne peut donc utiliser l'emplacement qu'à cette fin. Si le bailleur a intérêt à ce qu'il l'utilise ainsi, le preneur y est même obligé. Le bailleur, en effet, a pu consentir à livrer son mur à l'affichage, non seulement en raison du bénéfice qu'il était à même d'en tirer, mais parce qu'il préférerait voir son mur couvert d'une affiche que délabré et en mauvais état. Dans ce cas, l'annonceur est obligé d'utiliser le mur selon les prévisions du contrat.

3° *Le preneur doit payer le prix convenu*

Nous savons que le prix est une des conditions de validité du bail et qu'en principe il doit consister en une somme d'argent.

Le prix doit être *sérieux*, c'est-à-dire, qu'il ne doit pas être stipulé dans le seul but de masquer une donation. Mais comme il arrive que la location d'un emplacement est parfois, pour le bailleur une source de revenus qu'il n'escomptait guère, il est possible que le prix en soit minime.

En général, le paiement doit se faire soit d'avance, soit à l'échéance du terme auquel il s'applique « suivant l'usage des lieux ».

Or, en matières de location d'emplacements, étant donnée l'absence de garantie pour le bailleur, le paiement doit être effectué d'avance, comme il est d'usage toutes les fois que le bailleur ne possède aucune garantie contre le preneur.

CHAPITRE V

LA SOUS-LOCATION

Le preneur d'un emplacement destiné à l'affichage peut le sous-louer à un tiers qui y exercera un droit analogue au sien. L'article 1717 du Code civil, conçu en termes généraux, s'applique à tous les biens qui font l'objet d'un bail (1) et en particulier aux emplacements d'affichage (2).

Du reste on peut dire que d'une façon générale il importe peu au bailleur de voir son mur recouvert par telle affiche plutôt que par telle autre.

Une difficulté cependant subsiste. On sait que le preneur d'un emplacement d'affichage a parfois intérêt à ce que les emplacements proches du sien ne soient pas couverts d'affiches provenant de maisons concurrentes ou de personnes ayant un intérêt contraire (3). Le bailleur est alors tenu de lui éviter ce voisinage, soit parce qu'il le lui a promis expressément, soit en vertu de l'article 1719, § 3 du Code civil qui lui prescrit de « faire jouir paisiblement de preneur ».

Comment pourra-t-il satisfaire à cette obligation si chacun des co-locataires d'un mur, d'une palissade, d'un rideau

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, I, n° 1063, Guillouard, I, 321.

2. Paris, 28 janv. 1878. *Journ. Trib. Com.*, 1878, p. 442.

3. *Supra*, p. 80.

de théâtre, etc... est maître de concéder son droit à des tiers ?

On ne peut pas dire que le preneur en sous-louant l'emplacement a cédé au tiers plus de droit qu'il n'en tient du bailleur. Il n'a pas à se préoccuper dans sa propre jouissance, des obligations auxquelles le bailleur est tenu envers les tiers, soit en vertu de contrats antérieurs, soit par application des règles relatives au louage de choses (1).

A notre sens, il n'a pas à tenir compte, comme le fait un arrêt de la Cour de Nancy, à propos de la sous-location d'une case de rideau de théâtre, de ce que « le bailleur a « peut-être pris des engagements avec des négociants qui « veulent payer une annonce fort cher, mais à condition « qu'ils n'aient pas de concurrents sur le rideau-
« annonce (2) ». Ces engagements sont par rapport au preneur. *Res inter alios actae* et ne lui sont pas opposables.

On peut résoudre pratiquement la difficulté. Si le bailleur a promis expressément l'exclusivité à un de ses preneurs, il sait à quoi il s'expose : il sera donc pour lui d'une élémentaire prudence d'insérer dans les autres contrats d'affichage une clause interdisant la sous-location (3) ;

Si le bailleur n'a rien promis, il n'est tenu à l'exclusivité qu'en vertu de l'article 1719 du Code civil et on sait que pratiquement l'annonceur ne sera que rarement fondé à se plaindre du voisinage qu'on lui impose (4).

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, I, 1075.

2. Nancy, 29 déc. 1883. D. 1884.2.231.

3. Ces clauses sont fréquentes ; souvent l'annonceur s'engage non seulement à ne pas céder son droit à des tiers, mais aussi à n'apposer sur les emplacements loués que des affiches ayant pour objet son commerce ou son industrie.

4. V. *Supra*, p. 84 les conditions exigées pour que le preneur puisse demander la résiliation du bail ou une diminution du loyer.

Cependant nous avons cité des hypothèses dans lesquelles le preneur pouvait obliger le bailleur à le faire jouir paisiblement, en particulier le cas où un annonceur qui a loué une case dans une voiture de transports, constate que toutes les autres cases de la voiture ont été accaparées par une maison rivale de la sienne.

Or celle-ci peut les avoir acquises par une sous-location consentie par les preneurs qui avaient antérieurement traité avec la compagnie de transports. Le bailleur dans ce cas est certainement tenu vis-à-vis du preneur lésé qui ne peut jouir paisiblement de son emplacement.

Mais le juge peut faire résulter des faits de la cause, a admis la Cour de cassation, que le preneur qui a sous-loué avait connaissance de l'obligation assumée par le bailleur et *qu'il s'était implicitement engagé à s'y conformer lui-même dans les sous-locations qu'il consentait* (1).

Dans ce cas, le bailleur, mis en demeure d'assurer l'exclusivité d'un de ses preneurs, pourra se retourner contre les autres locataires qui ont cédé à leurs droits bien qu'ils aient eu connaissance des difficultés que cette cession créerait au bailleur.

* * *

Quand l'annonceur cède son fonds de commerce à un tiers, il ne lui transmet pas *ipso facto* ses droits et obligations nées des contrats qu'il a conclus en son propre nom (2). Mais dans l'acte de cession du fonds, il peut lui transmettre les droits qu'il a acquis sur les emplacements d'affichage.

1. Cas. 18 juillet 1865, D. P. 1866.1.32. En l'espèce il s'agissait d'une location d'un local à usage commercial.

2. V. Boutaud et Chabrol, n° 108.

Il y a alors sous-location ou cession du bail, analogue à la cession du bail de l'immeuble où s'exerce le commerce du vendeur.

A ce propos, examinons la situation inverse, celle où ce propriétaire de l'emplacement cède à un tiers l'immeuble qui contient l'emplacement. La question est alors facile à résoudre : aux termes de l'article 1743 du Code civil l'acquéreur est tenu de respecter les baux antérieurs, pourvu qu'ils aient acquis date certaine.

CHAPITRE VI

FIN DU CONTRAT

La location d'emplacements pour affichage peut finir par des causes très diverses :

1° *Le consentement mutuel des parties.*

2° *L'événement d'une condition résolutoire (1).*

3° *La consolidation*, c'est-à-dire l'acquisition par le preneur de l'emplacement loué.

4° *L'inexécution de ses engagements par l'une des parties* (C. civ. art. 1741). C'est l'application aux louages de choses de l'article 1184 du Code civil.

Nous avons déjà eu l'occasion de signaler de nombreux cas de résiliation pour ce motif. Ajoutons que si la résiliation est prononcée à la suite d'une faute du preneur, l'article 1760 détermine le montant de l'indemnité en déclarant que le preneur est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation, sans préjudice des dommages-intérêts. La résiliation du contrat par suite de force majeure ne donne lieu à aucun dédommagement.

5° *L'expiration du temps fixé.* — Cette cause de résolution sera l'objet d'un premier paragraphe dans lequel nous envisagerons l'importante question de la tacite reconduction.

1. La clause par laquelle, l'annonceur a le droit de rompre la convention quand il lui plaît, bien que le propriétaire soit lié pour un temps donné, est valable. Paris, 21 déc. 1859. *Journ. Trib. Com.* 1860, p. 124.

6° *La destruction de la chose louée.* — Cette question sera l'objet d'un second paragraphe.

Bien qu'en principe, la *faillite* ou la *liquidation judiciaire* de l'une des parties n'entraînent pas la résiliation des contrats d'affichage, elles la provoquent souvent. Nous examinerons ce problème dans un troisième paragraphe.

Enfin dans un quatrième paragraphe nous verrons si les contrats d'affichage peuvent être prorogés par application de l'article 56 de la loi du 9 mars 1918.

Terminons cette énumération en rappelant que la mort du preneur n'entraîne pas la résiliation du bail (Code civ. art. 1742) même si le bail a été fait en considération de sa personne (1). Il en est de même de la mort du bailleur.

§ 1. — Expiration du temps fixé

Le bail cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé (Code civil art. 1737). Ce terme résulte généralement de la convention, mais, à défaut d'indication, on peut rechercher la commune intention des parties, en se basant en particulier sur l'usage en la matière. Ainsi la location d'une case dans un rideau de théâtre peut être censée faite pour la durée moyenne de la saison théâtrale (2).

Mais les parties ont pu volontairement ne fixer aucun terme. Dans ce cas chacune d'entre elles « ne pourra donc congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux (3). » (Code civ. art. 1736). Malheureuse-

1. Guillouard, I, 351 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, I, 1263 ; Huc, X, 340 ; Trib. Civ. Seine, 26 oct. 1912. *Gaz. Trib.*, 1913.2.41.

2. Trib. Com. Seine, 31 juil. 1895 *La Loi*, 5 sept. 1895.

3. Trib. Civ. Seine, 20 juin 1882 *Gaz. Pal.*, 1881-82.2.231.

ment, il n'y a pas d'usages auxquels on puisse se rapporter, en matière de contrats d'affichage. Et si le Code des usages de la publicité est muet sur ce point, c'est probablement parce que les locations d'emplacements à durée indéterminée sont rares. Cependant le propriétaire d'un immeuble peut louer son pignon ou son mur à tant l'année ou le trimestre, sans fixer de terme au contrat (1). Il appartiendra au juge de déterminer le délai équitable ; cette décision est souveraine et ne peut être soumise au contrôle de la Cour de cassation (2).

Revenons au cas où un délai a été fixé. L'article 1738 du Code civil dit : « Si à l'expiration des baux écrits, le preneur reste et est laissé en « possession, il s'opère un « nouveau bail dont l'objet est réglé par l'article relatif « aux locations faites sans écrit » c'est-à-dire dans lequel l'« une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux ».

On trouve deux choses dans cet article : 1^o Il s'opère un nouveau bail ; 2^o ce nouveau bail ne peut prendre fin par la volonté de l'une des parties qu'en respectant les délais d'usage.

En doctrine, on discute si cette seconde conséquence est applicable à tous les baux ou si elle est seulement restreinte aux baux de maisons et d'appartements (3). De

1. V. au jugement précité le cas d'un photographe qui avait loué le droit d'exposer des cadres dans une vitrine : le tribunal civil a bien spécifié qu'un délai conforme à l'usage était nécessaire, mais sans fixer cet usage.

2. Cas. 23 fév. 1814. *D. jur. gén.*, V^o Louage, n^{os} 682 et 686.

3. Dans le sens de l'application restreinte. Troplong, II, 461 ; Duvergier, II, 234 ; Guillouard, II, 685 ; Huc, X, 274 ; Pothier, IV, 371. Dans le sens de l'application générale : Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, I, 1404.

la solution admise on déduira si le propriétaire ou l’annonceur dont le bail a été prorogé par tacite reconduction peuvent se donner réciproquement congé, sans observer les délais, ou s’ils doivent en tenir compte.

Mais nous savons que la question des délais, en cette matière, a peu d’importance.

Il est plus intéressant, au contraire, de rechercher si la première conséquence, citée plus haut, est applicable en matière de locations d’emplacement : *A l’expiration du délai fixé, peut-on considérer qu’il se forme un nouveau bail ?*

61

Disons tout de suite que si certains auteurs discutent en termes généraux la question du délai nécessaire pour mettre fin à un nouveau bail, ils sont néanmoins unanimes à admettre que ce nouveau bail existe.

Mais justement, en matière de locations d’emplacements, la question est douteuse.

Il y a, en effet, au point de vue de la tacite reconduction, une différence fondamentale entre la location d’un emplacement en vue de l’affichage et la location d’une maison à usage d’habitation, par exemple.

Dans le bail d’une maison, le preneur après l’arrivée du terme continue non seulement de jouir de la chose, mais, chaque jour fait des actes matériels impliquant une volonté de prolonger l’existence du bail expiré. Comme, d’autre part, le bailleur n’y met pas obstacle, la loi peut présumer que les parties ont conclu *tacitement* un nouveau bail aux mêmes conditions que l’ancien.

Mais, dans le contrat d’affichage, il en est tout autrement. Le preneur a bien continué de jouir de l’emplacement, après l’expiration du bail et la publicité ainsi faite pendant cette nouvelle période peut être supposée avoir

la même valeur que la publicité obtenue au cours du bail. Mais cela n'implique pas nécessairement que le preneur ait conclu tacitement un nouveau bail. Il a négligé, il est vrai, de retirer son affiche, mais si le bailleur avait voulu reprendre possession de son emplacement, rien ne l'empêchait de le faire.

Or la condition, essentielle, nécessaire pour qu'il y ait tacite reconduction c'est-à-dire pour qu'un nouveau bail se forme, c'est que *les parties soient réputées avoir consenti tacitement à ce nouveau bail* (1)

Le bailleur qui invoquera la tacite reconduction devra donc prouver que le preneur a entendu conclure un nouveau bail à l'expiration du premier. La chose sera possible quand le preneur aura manifesté sa volonté en continuant d'entretenir son affiche en bon état, ou en apposant d'autres affiches sur l'emplacement loué.

Mais si le preneur après l'expiration du bail, ne s'est plus inquiété de l'emplacement loué, le bailleur ne pourra pas prétendre qu'un nouveau bail a été formé.

L'annonceur dans ce cas, aura profité d'une publicité gratuite ; mais s'il en est ainsi, c'est en vertu d'une négligence du bailleur, qui aurait dû, à l'arrivée du terme, ou bien demander au preneur s'il désirait continuer le bail, ou bien le sommer de remettre l'emplacement dans l'état ou il l'avait acquis.

§ II. — La perte de la chose louée

L'article 1722 du Code civil porte : « Si pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; si elle n'est

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, II, 1410.

« détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il « n'y a lieu à aucun dédommagement ».

Ainsi donc, si *l'emplacement* loué disparaît par cas fortuit, si par exemple l'immeuble qui le contient est détruit par un incendie, ou démoli à la suite d'une expropriation le contrat est résilié de plein droit.

Mais la jurisprudence donne une extension plus considérable de la notion de perte. Cette expression semble s'appliquer, dans l'article 1722, à la destruction matérielle de l'objet loué. Or, la jurisprudence y assimile les cas fortuits qui rendent impossible la jouissance de la chose louée ou qui s'opposent à la jouissance conforme à la destination prévue par le bail (1).

La plupart des auteurs adoptent cette extension de notion de perte de l'article 1722 (2). La jurisprudence en a fait deux applications intéressantes à propos des locations d'emplacements :

1^o Le propriétaire d'un immeuble a loué à un annonceur un mur à usage d'affichage. A l'époque de la conclusion du contrat, le mur était parfaitement visible, mais postérieurement, la construction d'une maison voisine, a masqué le mur à la vue du public. Le Tribunal de commerce de Marseille a jugé que ce fait supprime pour « le locataire « la jouissance de la chose louée et équivaut à une *perte partielle* de celle-ci ». Le contrat a été résilié.

1. Ainsi la suspension de l'exercice du droit de chasse entraîne la résiliation d'un bail de chasse. Paris, 1^{er} mars 1875. D.P.1875.2.204.

2. Aubry et Rau, V, 369. 1^o ; Colin et Capitant, II, p. 552 ; Huc, X, 294 ; Guillouard, I, 388 à 392 ; Laurent, XXV, 409 ; Planiol, II, 1735 ; Troplong, II, 225. *Contra* : Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, I, 554 et suiv.

2° Dans la crainte de troubles, l'autorité militaire a ordonné au début de la guerre l'enlèvement de plaques de publicité apposées dans les voitures de transport par une maison supposée de nationalité ennemie. A deux reprises la Cour de cassation a appliqué, pour ce cas l'article 1722 du Code civil et a assimilé cette impossibilité de jouissance à une perte de la chose, alors que dans cette hypothèse comme dans la précédente, l'emplacement loué n'avait subi aucune destruction ni détérioration (1).

Il est à remarquer que la jurisprudence s'arrête là. Elle admet que les événements qui diminuent les agréments ou l'utilité de la jouissance sans entraver la jouissance matérielle ne constituent pas une perte (2). Ainsi la Cour de cassation a refusé d'appliquer l'article 1722 et d'accorder une diminution du prix de location d'emplacements qui n'avaient pu être utilisés, du fait des hostilités « attendu « que le droit de l'agence... de faire de la publicité et « d'apposer des affiches sur le mur, est resté intact et que le « nombre de clients de la société, au profit desquels elle « exerce ce droit a seul diminué (3) ».

Même ainsi limitée cette extension de la notion de perte peut paraître excessive. En tous cas le bailleur reste tenu, aux termes de l'article 1719-3° du Code civil de faire jouir paisiblement le preneur. Et si l'on n'admet pas qu'il y a perte de la chose louée, quand une construction voisine rend le mur invisible aux passants et, de ce fait, impropre à sa destination, c'est-à-dire à l'affichage, ou quand

1. Trib. com. Marseille, 1^{er} décembre 1908, *Gaz. Com., Lyon*, 21 juillet 1909 et la note ; *Adde*, la critique de ce jugement dans *La Publicité*, sept. 1909.

2. Cass., 22 novembre 1922, *Gaz. Pal.*, 1923-1.53 ; Cass., 26 mars 1924, *Gaz. Trib.*, 1924.1.158.

3. Cass., 12 février 1919, *Gaz. Trib.*, 1919.1.50.

l’administration interdit la pose des affiches, on est bien obligé de reconnaître qu’il y a privation de jouissance et que le bailleur n’a pas satisfait à son obligation.

C’est ainsi que le Tribunal civil de la Seine, bien que repoussant l’application de l’article 1722, a accordé une diminution de loyer au preneur « attendu que la construction d’une maison nouvelle à proximité du mur « constitue un trouble permanent et irréparable rendant « pour partie la chose impropre à sa destination... (1) ».

D’une façon comme de l’autre on parvient aux mêmes résultats : la résiliation du contrat ou la diminution du loyer.

§ III. — La faillite et la liquidation judiciaire

1° FAILLITE DE L’ANNONCEUR

Le jugement déclaratif de faillite laisse subsister les contrats conclus antérieurement par le failli (2), à l’exception de ceux qui ont un caractère personnel et de ceux qui, faits pendant la période suspecte, peuvent être annulés en vertu des articles 446 et suivants du Code de commerce. Mais les causes de résiliation admises par le droit commun subsistent malgré la faillite (3).

En particulier le propriétaire pourra demander la résiliation du bail de l’emplacement d’affichage, soit pour abus de jouissance, soit plus généralement pour inexécution des engagements contractés. Si le preneur a été dé-

1. Trib. civ, Seine, 17 déc. 1894. *Le Droit*, 29 déc. 1894.

2. Paris, 16 mars 1847.D.P.1847.2.170 ; Paris, 27 nov. 1862.D.P.1863.2.12.

3. Lyon-Caen et Renault, VIII, 865.

claré en faillite, en effet, il est probable qu'il a laissé des loyers arriérés.

Le bailleur ne profite pas des privilèges accordés par l'article 2102-1^o du Code civil et par la loi du 12 février 1872, puisque leur assiette repose sur les meubles qui garnissent les lieux loués.

Il ne peut se présenter à la faillite qu'en qualité de créancier chirographaire pour les loyers échus. Il peut avoir droit à des dommages intérêts (1).

S'il ne demande pas la résiliation du bail, il peut se présenter pour les loyers à échoir jusqu'à la fin du bail car la qualité de créance à terme a été reconnue à la créance de loyers (2). Mais cette solution est nécessairement d'une application rare. Le plus souvent au lieu de s'exposer à ne recevoir que des dividendes sur ses loyers, le bailleur préférera recouvrer la libre disposition de son emplacement en demandant la résiliation immédiate du contrat.

2^o FAILLITE DU BAILLEUR

Un bailleur d'emplacements qui est commerçant, une société de transports, par exemple, tombe en faillite. Les annonceurs ne peuvent demander la résiliation de leurs contrats, tant que la jouissance des emplacements loués continue de leur être assurée.

Bien que ne constituant pas un droit réel, le droit des annonceurs est opposable aux tiers acquéreurs des biens du failli (C. Civ., art. 1743) et aux créanciers de ce dernier (C. proc. Civ., Art. 684).

Les annonceurs, la plupart du temps, continuent donc

1. C. com., art. 550 (L. 12 févr. 1872).

2. Lyon-Caen et Renault, VIII, 877.

de jouir des emplacements et même pourront l'exiger du syndic ou des tiers acquéreurs.

En cas de refus, évidemment, ils pourront demander la résiliation du bail.

§ 4. — La Prorogation de la loi du 9 mars 1918

Le preneur d'un emplacement destiné à l'affichage peut-il demander que son bail soit prorogé conformément à l'article 56 de la Loi du 9 mars 1918?

A première vue, cette question peut paraître étonnante. On est habitué à voir appliquer la « Législation spéciale des Loyers » soit à des locaux à usage d'habitation, soit à des maisons de commerce.

Cependant, disons tout de suite que la Cour de cassation a fini par déclarer que la Loi du 9 mars 1918 était parfaitement applicable aux locations d'emplacements pour l'affichage et qu'aujourd'hui cette jurisprudence est bien assise.

On n'est point arrivé à ce résultat sans difficultés. Les commissions arbitrales créées par la loi du 9 mars 1918 admettaient tantôt leur compétence, tantôt leur incompétence pour les contestations relatives aux baux d'emplacements d'affichage, en particulier pour les demandes de prorogation.

Les tribunaux de droit commun résolvaient aussi la question de façons différentes (1).

1. Jugé que la Loi du 9 mars 1918 est applicable : com. Arb. Rouen, 17 juillet 1919. *Gaz Trib.*, 1919. 2.309 ; Rennes, 28 nov. 1919. *Gaz. Trib.*, 1920. 2.70.

Contra : Trib. Com. Nantes, 19 oct. 1918. et 10 août 1918 *La loi*, 1919. 12 ; Paris, 27 déc. 1919. *Gaz Trib.*, 1920. 2.147.

La Cour de cassation déclara d'abord les Commissions arbitrales incompétentes (1). Puis elle changea d'avis : elle admit leur compétence et reconnut en même temps le droit des preneurs à la prorogation et, en général, l'application de toute la législation spéciale des loyers (2).

Il y eut encore quelques hésitations (3). Enfin la Cour de cassation confirma sa décision première (4) et depuis la jurisprudence est constante (5).

Il est bon maintenant de considérer la loi du 9 mars 1918 et d'examiner les arguments que les Tribunaux ont présentés en faveur de l'une et de l'autre thèse.

La Loi du mars 1918 a pour objet de régler « toutes les contestations entre propriétaires et locataires nées par suite de la guerre et relatives à l'exécution ou à la résiliation des baux à loyer ».

Et son article 56 stipule : « Les baux et locations verbales en cours au 1^{er} août 1914 seront prorogés : 1^o ceux afférents à des locaux d'usage commercial, industriel ou professionnel d'une durée égale au temps écoulé entre le décret de mobilisation et le décret fixant la cessation des hostilités... »

Tels sont les textes qui ont donné lieu à tant de discussions.

1. Cass. 29 déc. 1919. *Rev Loyers*, 1920, p. 90.

2. Cass. 3 janv. 1920. *Mon jud Lyon*, 18 mars 1921.

3. Dans le sens de l'application : Com. Arb. Pau, 26 mars 1920. *Gaz Trib.* 1920. 2.375 ; Trib. Paix Toulouse, 20 juil. 1920, *Gaz Trib.* 1921. 2.217. *Contra* : Paris, 14 fév. 1920 *Gaz Pal.*, 1920. 1.277 ; Trib. Paix Paris, 14 mai 1920 cité par H. Meunier, *jurisp. des Baux à Loyers*. Com. Arb Lyon, 3 juin 1920. *Mon jud. Lyon.*, 24 sept. 1920.

4. Cass. 20 nov. 1920, cité par *la Publicité*, mai 1921, p. 227 ; Cass. 3 janvier 1921. *Gaz Trib.*, 1921. 1.74.

5. Com. Sup. Cas. 20 jan. 1921. *Gaz Trib.*, 1921. 1.75 ; Com. Sup. Cas. 3 fév. 1921. *Rev. Loyers*, 1921, p. 162 ; Paris, 3 mai 1921. *Rev. Loyers*, 1921. 2.22 ; Com. Sup. Cas, 16 juin 1921, *Rev Loyers*, 1921, 135.

La Loi du 9 mars 1918, a-t-on dit, est une loi d'exception qui doit être interprétée restrictivement et qui ne comporte aucune extension (1). Or, la loi a certainement envisagé les locaux loués soit pour y habiter, soit pour y exercer un commerce, une industrie, une profession (2), tels qu'un magasin, un atelier, une usine, etc. En tous cas, on ne peut admettre que le législateur ait eu en vue des louages de meubles ou de choses incorporelles, et cependant si on sort des limites données par l'application stricte de la loi, il est difficile de s'arrêter en chemin.

Néanmoins, si on examine plus attentivement et le texte de la loi et les motifs qui l'ont fait voter on s'aperçoit que la thèse admise par la Cour de cassation est parfaitement défendable.

Voyons d'abord la lettre de la loi.

L'article premier est conçu en termes si généraux qu'on aurait mauvaise grâce à vouloir en restreindre la portée : « La loi s'applique t-elle seulement aux baux à loyer d'immeubles bâtis ou de parties de ces immeubles ? dit une note du Sirey. Ce sont eux qui ont été visés au cours de la discussion. Mais la généralité des termes de l'article premier « baux à loyer » qui, d'après les articles 1711 et 1713 du Code civil comprennent les baux à loyer de meubles comme ceux d'immeubles s'oppose à ce que la loi soit restreinte aux baux d'immeubles » (3).

L'article 56 d'autre part, vise les *locaux* à usage professionnel. Un mur, une palissade, dira-t-on, ne sont pas des locaux.

Mais, si l'on veut discuter la valeur des mots est-on

1. Paris, 27 déc. 1919, et Paris 14 fév. 1920 précités.

2. Com. Arb. Rouen, 3 juin 1920 précité.

3. Sir 1918-19 *Lois annotées* p. 801.

obligé de donner au mot *local* son sens habituel, à savoir un bâtiment clos de murs? « Dans l'esprit de la loi, dit une note de la *Gazette des Tribunaux*, le mot local emprunté au mot latin *locus* (ou plus vraisemblablement au mot *localis*) conserve sa signification originelle d'un lieu déterminé quelconque, dépendant d'un immeuble et susceptible, d'être affecté soit à un usage commercial, industriel ou professionnel, soit à usage d'habitation » (1).

Abandonnons cet exercice de linguistique qui ne conduit à aucune solution, car on peut toujours donner aux mots le sens qui convient le mieux à la thèse que l'on soutient.

Voyons au contraire les motifs qui ont présidé à la confection de cette loi.

Pourquoi le législateur a-t-il accordé une prorogation de cinq années aux baux de locaux professionnels ou commerciaux?

Les travaux préparatoires de la loi montrent clairement que le législateur a voulu « remédier aux troubles apportés par la guerre dans l'activité industrielle et commerciale, les transactions, les échanges, en un mot dans tous les actes dont l'ensemble constitue le mouvement économique de notre pays » (2).

Le but poursuivi a été « de venir en aide à des locaux qui se sont souvent imposé des frais d'installation de magasins, boutiques, usines ou ateliers, qui devaient dans la prévision des parties, être amortis pendant la

1. Note sous Com. Arb. Rouen, 17 juillet 1919, précité.

2. Note sous cass., 11 déc. 1918, *Gaz. Trib.*, 1919.1.41. Cet arrêt accorde le bénéfice de la loi du 9 mars 1918 à un bail de fonds de commerce.

« durée du bail... de permettre à des personnes ayant
« une clientèle qui a pu diminuer pendant la guerre, de
« rester assez longtemps dans les lieux loués pour que
« cette clientèle puisse bien leur revenir peu à peu (1) ».

Si la loi du 9 mars 1918 a été faite dans ce but et si on en accorde le bénéfice à un commerçant, pour les baux relatifs à ses magasins, ateliers, usines, etc., devra-t-on le lui refuser pour les locations d’emplacements destinés à sa publicité ?

Voici un industriel qui a loué des emplacements. Certes durant la guerre, il continue d’en jouir, comme il continue d’utiliser ses ateliers et ses usines. Mais sa production diminue, ses débouchés sont supprimés, sa clientèle est réduite : la guerre arrête l’activité de son entreprise. A quoi lui servent les emplacements loués ? Comment pourra-t-il faire face aux dépenses de son budget de publicité ?

Or, la loi du 9 mars 1918 prétend justement donner aux commerçants l’équivalent de la perte subie du fait des hostilités. N’est-il pas conforme à son esprit de l’appliquer à tous les baux relatifs à leur entreprise et en particulier aux locations d’emplacements destinés à l’affichage ?

Malgré les apparences, la thèse de la Cour de cassation est parfaitement soutenable, aussi bien au point de vue de la lettre de la loi que de son esprit. La législation spéciale des loyers est peut-être critiquable, mais si on l’applique à certains baux, on ne peut en exclure d’autres qui ont été conclus dans le même but professionnel et auxquels la guerre a nui dans les mêmes conditions.

1. Com. Arb. Rouen, 3 déc. 1918, *Gaz. Trib.*, 1919.2.29.

TROISIÈME PARTIE

LES CONTRATS DE PUBLICITÉ PAR LA PRESSE conclus directement entre l'annonceur et le publicateur

Le plan que nous suivrons dans cette troisième partie est exactement le même que celui de la partie précédente. Nous diviserons l'étude du contrat de publicité par la presse en six chapitres au cours desquels nous aurons l'occasion d'examiner les principales questions posées par ces contrats, entre autres : la *justification des tirages*, l'*exclusivité*, le *droit de refuser les annonces*, la *baisse imprévue du tirage*, etc.

•

CHAPITRE PREMIER

ANALYSE ET NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT

On a vu qu'il était facile de déterminer la nature du contrat d'affichage, du moins quand il était théoriquement simplifié, c'est-à-dire réduit à un simple transfert de jouissance, sans être accompagné des services d'une agence. Au contraire, les contrats de publicité par la presse, même envisagés directement et indépendamment des intermédiaires, sont l'objet de vives controverses dès qu'il s'agit d'en préciser la nature.

Ce problème néanmoins est essentiel. De même que toutes les solutions que nous avons étudiées à propos des contrats d'affichage sont la conséquence de la définition que nous avons donnée de ces contrats, de même, selon que nous aurons adopté, pour nos contrats de publicité par la presse, l'une ou l'autre des définitions que nous aurons envisagées, nous devrons adopter des solutions essentiellement différentes, lorsque nous prétendrons résoudre les importants problèmes qui préoccupent aujourd'hui le monde de la publicité.

C'est donc avec soin et avec précision que nous nous efforcerons de déterminer la nature des contrats de publicité par la presse.

Analyse du contrat de publicité

En quoi consistent ces contrats ? Quel est leur mécanisme ?

Un particulier, souvent un commerçant, désire « annoncer » quelque chose au public. Il a à sa disposition des moyens variés dont le nombre est sans cesse accru grâce à l'imagination et au talent des techniciens et praticiens de la publicité.

Il estime que la presse, qui apporte à un public nombreux la connaissance des idées et des faits, est apte à faire connaître à ce même public soit les produits qu'il désire vendre soit les choses dont il a besoin, en un mot ce qu'il désire « annoncer ». En particulier, tel journal, revue, magazine, annuaire, etc., lui semble plus désigné que les autres à remplir cet office.

Il s'adressera donc à cet organe et le priera d'insérer une annonce à tel endroit et dans tel numéro.

D'autre part, le journal estime que l'exploitation de sa publicité est une source importante de recettes que les besoins économiques et les lois de la concurrence lui interdisent de négliger.

Le journal fixera donc un tarif de publicité, c'est-à-dire un prix. Si le particulier l'accepte et si le journal consent à publier l'annonce, il y aura accord de volonté.

C'est à la convention formée grâce à cet accord que nous donnons le nom de contrat de publicité par la presse (1).

1. En pratique les choses ne se passent pas ainsi. Le contrat de publicité est rarement formé directement. Il y a au moins un intermédiaire, soit que l'annonceur ait confié à une agence la tâche de

Le contrat est formé à titre onéreux. Comme les deux engagements se servent réciproquement de cause, il est synallagmatique parfait.

Il nous reste à déterminer sa nature précise.

Nature du Contrat

M. Feltaine, dans un ouvrage dont nous avons déjà parlé (1) a étudié spécialement la nature de ce contrat. Il a posé une série de points d'interrogation : est-ce une vente ? Est-ce un mandat ? est-ce une commission ? est-ce un courtage ?

Il a démontré que le contrat de publicité ne rentrait dans aucun de ces cadres et il a conclu que c'était un louage d'ouvrage ou d'industrie, *locatio operis*, selon l'article 1710 du Code civil.

Résumons brièvement cet exposé en y ajoutant et nos observations personnelles et les renseignements que la jurisprudence nous a fournis durant ces vingt années qui nous séparent de l'ouvrage de M. Feltaine.

* * *

Ce n'est pas une vente, dit M. Feltaine : Si l'usage veut qu'on remette à l'annonceur un exemplaire de la feuille imprimée contenant l'annonce, c'est uniquement pour que

« faire sa publicité » soit que le journal se soit affranchi du soin de recueillir les annonces en en chargeant une agence. Le rôle de ces intermédiaires sera étudié dans notre quatrième partie. Pour le moment, nous préférons envisager le problème d'une façon plus théorique, la clarté de l'exposé étant à ce prix

1. Ed. Feltaine, *De la publicité Commerciale*. Caen, thèse, 1903 p. 93 et suiv.

celui-ci puisse vérifier l'exécution de ses ordres. « Le particulier n'entend pas plus acquérir, pour le coût de son insertion, le numéro à lui remis ou les énonciations de l'annonce, qu'il a d'ailleurs fournies lui-même, que le journal n'a entendu lui vendre les uns ou les autres ».

Et pourtant comme les techniciens de la publicité se plaisent à employer cette expression : vendre de la publicité ! « Les intérêts du journal, dit M. Chambonnaud (1) consistent à insérer le plus de publicité possible ; c'est-à-dire vendre à bénéfice beaucoup d'espace. A ce point de vue le journal est un vendeur d'un produit quelconque ». et plus loin : « L'espace est une marchandise qui s'achète comme le café ou la farine (2). »

« La publicité dans les journaux est à peu près la seule marchandise *vendue* en France sans aucune indication de poids ou de mesure » dit une jeune revue technique de publicité (3).

Ces phrases n'ont certes pas été écrites dans une pensée juridique. Au point de vue technique ou économique, il est possible que les contrats de publicité ressemblent à une vente sans qu'ils constituent pour cela *la vente* telle qu'elle est définie par l'article 1582 du Code civil.

Mais le Code des Usages de la Publicité va jusqu'à définir le fermier d'annonces « celui qui *achète* à forfait l'entière publicité de l'organe ou d'un de ses éléments pour la *revendre* à la clientèle » (4).

1. Chambonnaud, *La technique des affaires*, t. VII : *les affaires et l'annonce*, p. 251.

2. Chambonnaud, *op. cit.*, p. 261.

3. *Vendre*, n° 1 (nov. 1923) p. 27. Voir aussi *Semaine de la Publicité*, rapport du Comité d'action de la publicité, dans le *Bulletin de la Chambre Syndicale de la Publicité* n° 33 (déc. 1922).

4. *Code des Usages*, art. 39, § 2.

Enfin il arrive que les tribunaux eux-mêmes se servent de l'expression (1) ou affirment que la publicité est une marchandise pouvant être vendue : « Il ne saurait être con-
« testé sérieusement, dit le Tribunal de Commerce de la
« Seine que la publicité constitue une marchandise don-
« nant lieu à des transactions, achats et ventes (2) ».

Ces affirmations sont purement gratuites : elles ne résistent pas à l'examen. Si le contrat de publicité est une vente, quel en est l'objet ? Sur quoi portera le transfert de propriété inhérent à toute vente, selon l'article 1583 du Code civil ? On ne peut soutenir que c'est l'espace ou le texte de l'annonce, comme l'affirment certains techniciens. L'annonceur ne devient pas *propriétaire* de son annonce : il ne peut « en user de la manière absolue » (3) comme le ferait un propriétaire.

Dira-t-on que le publicateur a vendu à l'annonceur le droit incorporel de publier une annonce dans tel numéro de son journal ? Mais nous pourrions ici faire le même raisonnement qu'à propos de l'affichage (4) et montrer que vendre le droit incorporel de faire paraître une annonce et vendre cette annonce sont deux choses identiques, de même que louer le droit d'afficher sur un mur et louer ce mur pour l'affichage sont exactement la même chose.

Les expressions employées par la jurisprudence ne sont donc pas à retenir.

Ce n'est pas un mandat, ajoute M. Feltaine (5). Et pourtant ne sommes nous pas en présence d'un acte par lequel

1. Lyon, 12 juin 1897. *Mon. Jud. Lyon*, 11 déc. 1897 ; Trib. Com. de Marseille, 23 fév. 1903, *Le Droit*, 15 mai 1903.

2. Trib. Com. Seine, 24 oct. 1916, *Gaz. Pal.* 1916-1917, p. 827.

3. Code civil, art. 544.

4. V. *supra*, p. 48.

5. Feltaine, p. 96.

« une personne donne à une autre le pouvoir de faire
« quelque chose pour elle et en son nom ? (1) » L'annon-
ceur ne donne-t-il pas au publicateur le pouvoir d'annon-
cer quelque chose au public ?

Cependant il n'y a pas mandat.

Le mandat, en effet, du moins selon l'opinion générale-
ment admise, ne peut avoir pour objet qu'un acte juri-
dique (2) De plus, il est par sa nature essentiellement
gratuit, le mandat salarié n'étant qu'un fait exceptionnel ;
or, le contrat de publicité est un acte de spéculation pure.
Enfin le mandat est un contrat civil, tandis que le contrat
de publicité est souvent un acte de commerce, au moins
en vertu de la théorie de l'accessoire.

Ce point est bien acquis (3). Et les tribunaux repous-
sent les prétentions des annonceurs qui, le contrat conclu,
voudraient pouvoir le révoquer à leur gré sous prétexte
qu'il s'agit d'un mandat. « Le contrat de souscription (à
« une annonce dans un annuaire) dit le Tribunal de com-
« merce de la Seine, ne constitue pas un mandat toujours
« révocable, mais bien un engagement ferme qui ne peut
« être résilié que par l'accord des deux parties (4) ». Ce
point, toutefois, est discutable, comme nous aurons l'occa-
sion de le voir, car, si le contrat de publicité est un
louage d'industrie, il est révocable de la part de l'annon-
ceur, non pas à son gré, comme un mandat, mais seule-

1. Code civil, art. 1984.

2. En ce sens : Aubry et Rau, IV § 410 ; Guillouard, *Mandat*, nos 15
et 16. Paul Pont, *Petits contrats*, t. I n° 798 ; Cas. 14 avril 1886, *Sir*, 87.
1.76 et la note.

En sens contraire : Pothier, *Traité du Contrat de mandat*, n° 1 :
Troplong, *Mandat*, art. 1984, n° 5 s.

3. Dans ce sens : Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, II 4192 ;
Albucher, *La Publicité Commerciale au point de vue juridique*, p. 10.

4. Trib. Com. Seine, 9 mars 1912, *La Loi* 23 avril 1912.

ment s'il est accompagné d'offres de dédommagement pour la perte subie par le publicateur et pour son manque à gagner (C. civil, art. 1794).

Mais ceci n'est exact que si nous demeurons dans l'hypothèse prévue au début de ce chapitre. Il n'y a, en effet *Contrat de publicité* qu'autant que l'objet principal sinon exclusif du contrat est l'acte de publicité. Si la promesse de publier n'est que l'accessoire d'une autre convention, c'est la nature de l'obligation principale qui donne au contrat sa physionomie propre (1).

Le cas est fréquent où l'acte de publicité est l'accessoire d'un mandat. Un agent d'affaires promet ses soins pour la vente d'un immeuble et s'engage à faire toute la publicité nécessaire pour trouver un acquéreur. Sa rémunération consistera en un pourcentage sur le prix de la vente. Dans ce cas, il y a bien mandat (2). L'acte de publicité n'est qu'un accessoire. Cependant, il y a là une question d'appréciation. Ainsi il a été jugé que le contrat par lequel un propriétaire de terrain autorisait un agent d'affaires à faire, dans un journal publié par lui-même, la publicité nécessaire à la vente de ce terrain, et s'engageait à verser à l'agent un pourcentage sur le prix de chaque vente, était bien un contrat de publicité et non un mandat (3) : « Si « en fait l'agent s'est occupé, comme mandataire, de « négocier la vente des terrains, cette circonstance ne

1. *Le contrat de publicité*, article publié par E. Feltaine dans *La Publicité Moderne*, fév. 1907.

2. Trib. civ. Seine, 21 mai 1898, *Gaz. Trib.*, 1898 2^e sem., 2.540. V. aussi Trib. civ. Bordeaux, 25 janvier 1901. *Rec. Bordeaux*, 1901.2.38.

3. Bruxelles, 25 mars 1896. *Pasicr. Belge* 1896. III. 151. V. aussi Trib. Comm. Seine 29 juin 1909. *Journ. Trib. Comm.*, 1911, p. 57 ; Trib. Comm. Havre, 9 novembre 1892. *Rec. Havre*, 1893.1.43 ; Trib. Comm. Seine, 21 juin 1869, *Journ. Trib. Comm.*, 1869, p. 355 ; Trib. Paix Paris 10 oct. 1901, *Mon. Juges de Paix*, 1902, p. 23.

« peut modifier la nature d'une convention particulière
« ayant un objet bien déterminé et distinct; elle oblige en
« effet le demandeur (l'agent) à prêter à P. (l'annonceur)
« la publicité de son journal jusqu'à réalisation des ter-
« rains, et d'autre part, P. à payer au demandeur en
« échange des avantages purement aléatoires de cette
« publicité un prix convenu à forfait. ».

En tous cas, le contrat de publicité par la presse dégagé, de toute immixtion d'agents d'affaires est incompatible avec l'idée de mandat.

Ce n'est pas une commission. On a repoussé l'idée de mandat parce que le contrat de publicité était commercial, acte de spéculation pure, et avait pour objet une opération matérielle et non un acte juridique.

Mais le contrat de commission n'est-il point une variété du mandat possédant justement toutes ces qualités? Cependant M. Feltaine repousse aussi cette appellation. Le rôle du commissionnaire est en effet bien différent de celui du publicateur, au moins dans ses rapports avec les tiers c'est-à-dire le public.

Dans le contrat de commission, en effet, le tiers n'a de rapports juridiques qu'avec le commissionnaire : il ignore le commettant. Dans le contrat de publicité, au contraire, le publicateur se contente de mettre en rapport annonceur et public, et s'efface aussitôt (1). Si un tiers désire répondre à l'offre que constitue l'annonce, il ne s'adressera pas au publicateur. Ce dernier a fait ce qu'il avait promis, à savoir l'insertion de l'annonce. Son rôle est terminé.

1. M. Feltaine signale des hypothèses où il peut y avoir commission, par exemple quand le publicateur annonce que le produit qui fait l'objet de la réclame est en vente aux Bureaux du Journal. Mais là nous sortons du cadre du contrat de publicité.

Ce n'est pas un courtage : Et pourtant le rôle du courtier n'est-il pas justement de rapprocher deux personnes en vue d'un contrat à former, et de laisser les deux parties conclure directement le contrat ?

Cependant quelle différence encore avec le contrat de publicité ! Le courtier ne doit ménager ni son temps ni sa peine, non seulement pour rapprocher les parties, mais pour les mettre d'accord et pour constater par écrit la conclusion du contrat. Car il ne touchera son salaire que si le marché est conclu.

« Le publicateur au contraire n'a plus à se préoccuper, « lui, du succès futur de son acte qui sera utile ou non ; « l'acheteur se présentera ou ne se présentera pas, traitera ou ne traitera pas, peu lui importe. En fait, il « ignorera toujours quel a été l'acheteur, ou même s'il y « en a un, il ne s'est obligé ni à se renseigner sur son « compte, ni à le faire connaître à son client. Que la vente « se réalise ou ne se réalise pas, il a toujours droit au « prix stipulé, car il n'a promis qu'un fait matériel de « publication (1) » :

La théorie du louage d'ouvrage

Après cet exposé remarquable que nous avons simplement résumé, M. Feltaine arrive à cette conclusion : *c'est un louage d'ouvrage*.

Moyennant un prix (2), le publicateur promet : 1^o l'usage d'une case dans la feuille qui va paraître ; 2^o l'usage de son matériel pour l'imprimer ; 3^o son temps, ses services, le

1. Feltaine, p. 105.

2. V. *Infra*, p. 127.

travail de son personnel ; 4^o la matière nécessaire à l'œuvre.

« Il y a donc, d'une part, promesse de payer un salaire, « d'autre part promesse de fournir les soins nécessaires à « la réalisation de la publicité et chacun de ces engage- « ments est la cause de l'autre. Or, le contrat synallagma- « tique parfait donnant naissance à des obligations de « cette nature, quel est-il, sinon celui que définit l'ar- « ticle 1710 du Code civil (1) ».

Le contrat de publicité est donc un louage d'ouvrage c'est-à-dire « un contrat par lequel l'une des parties s'en- « gage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un « prix convenu entre elles (2) ».

De plus, le publicateur a promis ses services sans limitation de durée (3) et il n'est quitte qu'après les avoir fournis. Il ne devient créancier du prix qu'après l'insertion de l'annonce. C'est donc un entrepreneur et le contrat est un marché au sens de l'article 1711 du Code civil. Enfin, comme le publicateur fournit la chose sur laquelle s'exerce son industrie, le contrat de publicité rentre dans l'espèce de l'article 1787 du Code civil : « Lorsqu'on charge quel- « qu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il four- « nira seulement son travail ou son industrie, ou qu'il « fournira aussi la matière (4) ».

1. Feltaine, p. 107.

2. Code civil, art. 1710.

3 Les contrats de publicité semblent bien passés pour une durée déterminée : un an, un mois, etc... mais il ne s'agit pas là de la véritable durée de la convention. En réalité, malgré cette apparence les contrats sont passés, pour 1, 12, 30 insertions, c'est-à-dire pour la répétition, un certain nombre de fois, d'un même fait. Nous sommes donc bien dans le cas du contrat d'entreprise.

4. Feltaine, p. 109.

Critique de la théorie du louage d'ouvrage

Telle est la théorie exposée par M. Feltaine. Elle est aujourd'hui admise et par la Jurisprudence (1) et par les auteurs qui ont étudié cette question (2).

Ainsi présentée elle n'est cependant pas sans inconvénients.

Les contrats de publicité ont été pratiqués avant qu'on ait déterminé leur nature juridique. Le jour où des difficultés se sont élevées, il a bien fallu rechercher quelles étaient les règles de droit applicables.

Mais une théorie juridique n'est satisfaisante que si elle se contente de refléter dans le domaine du Droit les faits qui sont l'objet de l'activité économique. Elle ne doit pas chercher à s'imposer à la pratique.

Or, dans les chapitres suivants, quand nous examinerons en détails les principales difficultés que font naître les contrats de publicité par la presse, nous verrons que la stricte application de la théorie du Louage d'industrie conduit à des résultats que la pratique répudie.

En effet, si l'analyse du contrat de publicité par la presse ne révèle que la seule présence d'un louage d'industrie, on

1. Au cours des chapitres qui vont suivre, nous citerons un nombre important d'arrêts et de jugements dans lesquels la théorie de M. Feltaine a été appliquée. Pour le moment signalons simplement : Bruxelles, 25 fév. 1896, précité ; Trib. Com. Marseille, 25 fév. 1903, *Le Droit*, 15 mai 1903.

La Cour de Rennes a jugé prudemment qu'un traité de publicité « semblait participer à la fois de la vente, du louage et du contrat de « Société » Rennes, 27 mai 1902, *France judiciaire*, 1902.2.251.

2. Baudry-Lacantinerie, *Louage* 11.4192 ; Duplat, *Le Journal*, p. 71 ; Albucher, p. 11.

est obligé d'admettre que le publicateur a rempli toute son obligation dès que l'annonce a été insérée.

Et voici, entre autres exemples, à quels résultats M. Feltaine aboutit :

1° D'abord le chiffre du tirage de la feuille dans laquelle l'annonce paraît n'a qu'une importance secondaire. L'annonceur doit être satisfait dès que la publication a été faite. En particulier, il ne peut pas obliger le publicateur à prouver que le chiffre de tirage annoncé par celui-ci est véridique (1) ;

2° D'autre part si le tirage vient à diminuer considérablement, à la suite, par exemple, d'un changement d'orientation politique du journal, ou d'une modification dans le personnel de la rédaction, le publicateur qui continuera à faire paraître l'annonce remplira strictement les clauses de son contrat et l'annonceur subira une lésion sans qu'il lui soit permis de réclamer ni une indemnité, ni une diminution du prix, ni la résiliation du contrat (2).

3° « Le publicateur, dit M. Feltaine, insérera librement « à côté de l'annonce de son client celle d'une maison « rivale. Bien plus, le journaliste pourra combattre dans « le corps de la publication par un article de fonds, les « allégations de l'annonce qu'il vient d'imprimer (3) ». Dans ces conditions l'annonceur sera exposé à perdre tout le fruit de la publicité qu'il comptait faire. Qu'importe ! dit M. Feltaine, le publicateur a promis son industrie pour la parution d'une annonce, l'annonce a été insérée : on ne peut rien lui demander de plus.

1. Feltaine, p. 117.

2. Feltaine, p. 117.

3. Feltaine, p. 118.

Ces solutions sont loin d'être satisfaisantes ; et l'on peut se demander ce que vaut une théorie qui, tout en expliquant d'une façon très juridique, un contrat de création récente, aboutit à des conséquences que les parties repoussent, en particulier en insérant dans les contrats des clauses contraires.

Dans quelques instants, nous indiquerons dans quel sens la théorie du louage d'industrie nous paraît insuffisante pour expliquer les effets juridiques du contrat de publicité par la presse. Examinons auparavant une autre théorie tendant à identifier notre contrat avec un louage de choses.

La théorie du Journal-mur

Cette théorie, dit-on, eut naguère un certain succès. Ilâtons-nous de dire qu'elle ne fut point imaginée pour résoudre le problème qui nous occupe. Elle est plutôt la constatation d'un fait économique, quoique qu'elle puisse servir, au point de vue juridique, soit à dégager le publicateur de toute responsabilité civile ou pénale en raison des annonces publiées par lui, soit à lui accorder le droit absolu de refuser les annonces de ses clients. Elle consiste à considérer les emplacements d'un journal destiné à la publicité comme formant un mur, et les annonces comme des affiches apposées sur ce mur : « La quatrième page des journaux est effectivement un mur qui circule... et les vastes annonces sont des affiches en réduction qui circulent avec lui (1) ».

La comparaison était plus facile à l'époque où la qua-

1. Dreyfus, *annuaire de la publicité*, 1895, p. 133.

trième page des journaux était seule et entièrement réservée à la publicité : « Mais il y a belle lurette que les « annonceurs ont enjambé le mur derrière lequel il se passe « sait quelque chose, pour aller poser leurs affiches un peu « sur toutes les colonnes du journal (1) ».

Cette théorie tend, ni plus ni moins, à démontrer que le contrat de publicité par la presse peut être considéré comme un louage d'emplacement dans un journal.

Il est à remarquer que l'application de la théorie du Journal-mur aurait pour effet de supprimer un certain nombre de difficultés inhérentes à la théorie du louage d'industrie, et en particulier celles que nous venons de signaler.

En effet, si l'on admet que l'annonceur est le locataire de la case où paraît son annonce, on peut en déduire qu'il a loué cette case dans un nombre déterminé d'exemplaires de la feuille. Si le publicateur a annoncé que le tirage de la feuille est de 100.000 exemplaires, l'annonceur sera censé avoir loué cent mille fois la case dont il a la jouissance.

D'autre part, comme le bailleur est tenu de faire jouir paisiblement le preneur, l'annonceur aura droit à l'exclusivité, au même titre que le locataire d'un emplacement propre à l'affichage.

Mais il nous semble difficile d'assimiler le publicateur d'un journal au propriétaire d'un mur et de ne voir qu'un louage de choses dans notre contrat de publicité.

1. Extrait d'un article de la revue *la Publicité*, nov. 1912, p. 422. Adde : Fabreguettes II, n° 202, p. 219 et n° 175, p. 136 en note ; *La Publicité*, mars 1910, p. 97 ; *Semaine de la Publicité*, rapport de M. Maillard, *Bulletin de la Chambre syndicale de la publicité*, n° 34, avril 1923. On trouvera à ces endroits la théorie du Journal-mur exposée de façons diverses.

Quand le propriétaire a loué son mur à un annonceur et l'a mis en mesure d'en disposer, son rôle est terminé. Or, il est bien évident que dans le contrat de publicité par la presse, il en est tout différemment. L'annonceur qui a loué la jouissance d'une fraction de page ou d'un nombre déterminé de lignes ne retire aucun avantage de son contrat si le publicateur ne met pas à sa disposition, pour la parution et la diffusion de son annonce, et son matériel, et son personnel, et son organisation et ses services de vente...

On dira que le bailleur n'est pas seulement tenu de « laisser jouir » le preneur, comme il le serait vis-à-vis d'un usufruitier, mais de le « faire jouir ». Il doit être en mesure, en effet, de jouer un rôle actif, de faire les actes positifs nécessaires à la jouissance de son locataire.

Mais ces actes ne doivent jouer qu'un rôle accessoire, secondaire. Or, dans nos contrats de publicité, quand un commerçant a loué une case pour y faire paraître une annonce, ce qu'il demande au publicateur c'est la parution de son annonce. Osera-t-on dire alors qu'il a loué une case, mais qu'à titre accessoire, il demande à son bailleur de lui insérer son annonce, parce que sans cela il ne jouirait pas de la case louée ?

N'est-il pas plus simple de dire tout de suite que le publicateur s'engage à lui faire paraître son annonce dans les conditions prévues au contrat, moyennant un prix qui est bel et bien le prix de ses services ?

On peut encore présenter la théorie du Journal-Mur sous une autre forme.

Le publicateur, dira-t-on loue une case à l'annonceur ; mais s'il doit faire paraître l'annonce, ce n'est pas en vertu

de son obligation de faire jouir le bailleur, mais plutôt simplement en vertu d'une clause accessoire du contrat. De même que le bailleur du mur par l'effet d'une clause du bail peut être tenu d'apposer lui-même les affiches, de même le publicateur qui a loué une case sera tenu de la remplir avec le cliché d'annonce.

Nous ferons à ce système la même objection qu'au précédent. Peut-on vraiment soutenir que l'annonceur qui n'a contracté que dans un seul but, à savoir la parution de son annonce, puisse considérer qu'elle n'est que l'accessoire de son contrat ?

N'est-il pas infiniment plus conforme à la réalité de dire : puisque l'annonceur n'a en vue que l'insertion de son annonce, l'objet principal du contrat est l'acte du publicateur tendant à la parution de l'annonce.

La théorie du Journal-Mur doit donc être repoussée. Dans notre quatrième partie, nous verrons cependant que la jurisprudence l'a admise pour définir un contrat analogue à celui que nous étudions : le contrat d'affermage, par lequel le publicateur, moyennant un prix forfaitaire concède à une agence le droit d'exploiter la publicité à sa place. Nous montrerons que ce contrat n'est pas autre chose qu'un louage d'industrie et que le fermier d'annonces est, vis-à-vis du publicateur, à peu de choses près, dans la même situation que l'annonceur.

Importance de la cause et de l'objet du contrat

Revenons à la théorie du louage d'industrie. A notre sens les imperfections qu'elle présente sont dues à ce que

M. Feltaine ne tient pas suffisamment compte de l'objet et de la cause du contrat de publicité.

Selon M. Feltaine l'objet du contrat, ou, si l'on préfère, la cause ayant déterminé l'annonceur à s'obliger, est la prestation de l'industrie du publicateur en vue de l'insertion de l'annonce.

Mais souvenons-nous de la définition que nous avons donnée dans notre première partie du contrat de publicité. Nous avons montré que si l'objet ou la cause des contrats de publicité pouvaient être divers, ils avaient au moins un trait commun : la réalisation d'un acte de publicité.

Si nous appliquons cette idée à la définition du contrat de publicité par la presse, nous pouvons dire que l'objet et la cause de ce contrat consistent bien en une prestation de l'industrie du publicateur, mais en ayant soin d'ajouter : en vue de la réalisation d'un acte de publicité. Telle est bien l'intention commune des parties ; tel est bien le but direct et immédiat poursuivi par chacune d'entre elles.

Grâce à ce correctif, la théorie du louage d'industrie n'entraîne plus toutes ces difficultés que nous avons signalées et qui étaient dues à ce que cette théorie n'interprète pas exactement l'intention commune des parties.

Celles-ci, sans aucun doute, ont contracté pour que l'acte de publicité soit réalisé. Il ne suffit donc pas de dire, comme le fait M. Feltaine, que le publicateur a rempli toute son obligation dès que l'annonce a été insérée. Encore faut-il que l'insertion ait été faite dans des conditions telles qu'elle soit à même de remplir le but que les parties lui ont assigné, à savoir la réalisation de l'acte de publicité.

En particulier, comme la publicité réalisée dépend du nombre de personnes qui auront l'annonce sous les yeux,

nous voyons apparaître toute l'importance du chiffre de tirage de la feuille. D'autre part, quoique ayant été insérée convenablement, l'annonce ne remplira pas le but voulu par les parties, si des annonces voisines en paralysent l'effet ou si le publicateur combat dans la partie rédactionnelle les allégations qu'elle contient. Nous aurons l'occasion de revenir sur tous ces points.

Ainsi la définition présentée par M. Feltaine a besoin d'être complétée en tenant compte, justement, de la définition que nous avons donnée du contrat de publicité en général

« Nous disons bien : c'est un louage d'industrie en vue de l'insertion d'une annonce. Mais nous ajoutons aussitôt : pour réaliser le but direct et immédiat voulu par les parties, l'acte de publicité. »

*
* * *

Ces explications ne seraient pas complètes si nous n'indiquions pas certaines variétés de contrats de publicité qui se différencient plus ou moins de l'hypothèse que nous venons d'examiner :

1^o Nous avons déjà signalé le contrat par lequel le publicateur qui fait paraître l'annonce d'un commerçant, promet en outre de vendre à ses lecteurs le produit annoncé « aux bureaux du journal (1) ». Nous avons dit que M. Feltaine estimait qu'il s'agissait d'un contrat de commission. Cette solution nous paraît théoriquement exacte, à cela près que le publicateur n'agit pas *professionnellement*.

Mais en pratique, il est plus juste de considérer qu'il s'agit d'un simple contrat de publicité, tel que nous venons

1. *Supra*, p. 116 en note.

de le définir, c'est-à-dire d'un contrat d'entreprise, mais dans lequel le publicateur permet *accessoirement* à l'annonceur, afin de faire croire au public qu'il bénéficie d'une faveur, de se servir des bureaux du journal pour la vente de ses produits.

Cette solution est certainement plus conforme à l'intention des parties.

2° Certains périodiques, au lieu de stipuler de l'annonceur un prix fixe, se contentent d'un prix proportionné au chiffre d'affaires faites par l'annonceur, ou mieux au supplément d'affaires censées faites par suite de la publicité effectuée. Ces contrats, dits « contrats de publicité au rendement » sont tout à fait rares. Ils n'offrent aucun avantage au publicateur, et s'ils permettent à l'annonceur de ne déboursier que proportionnellement aux recettes effectuées, ils ont le grave inconvénient de l'obliger à mettre sa comptabilité à la disposition du publicateur.

Il n'y a dans ces contrats qu'un mode spécial de rémunération du publicateur. En effet, l'intention des parties est bien de conclure un contrat de publicité, mais le publicateur au lieu de stipuler une somme forfaitaire, se borne à exiger un prix proportionnel au rendement.

3° Nous avons supposé que l'annonceur s'engageait toujours à verser un prix en argent au publicateur.

Parfois l'annonceur promet en échange de l'insertion de l'annonce des prestations en nature. Ce sont généralement des marchandises dont l'annonceur est vendeur ou encore des travaux à effectuer. Ainsi, certains journaux acceptent en paiement des produits qu'ils cèdent ensuite à leur personnel ou qu'ils consomment eux-mêmes (charbon, papiers, etc...). C'est un usage courant que les directeurs

de théâtres payent tout ou partie de leur publicité en billets de faveur ou entrées gratuites (1).

Si le publicateur a stipulé un prix d'argent, mais permet à l'annonceur de se libérer en marchandises ou en travaux jusqu'à concurrence du prix fixé, le contrat ne change pas de nature : c'est toujours un louage d'industrie, avec facilités de paiement.

Mais si le publicateur a échangé ses services contre des objets déterminés nous sommes en présence d'un contrat innommé (2).

4° Enfin le publicateur peut insérer l'annonce dans un but de bienfaisance, sans exiger de contre-partie. Le contrat est alors unilatéral et il est encore innommé. Mais comme il est de principe que les contrats innommés empruntent les règles des contrats dont ils se rapprochent le plus, la question offre peu d'intérêt. (3).

1. Trib. Com. Toulouse, 17 février 1903. *La loi*, 23 avril 1903.

2. Trib. Com. Seine, 25 juin 1889. *La loi*, 17 juillet 1889, Trib. Com. Toulouse, 17 février 1903, précité ; Trib. Com. Cette, 15 déc. 1906. *Mon. Midi*, 10 fév. 1907 ; Trib. Com. Seine, 18 sept. 1908. *Gaz. Trib.*, 7 nov. 1908.

3. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *louage*, I, 845.

CHAPITRE II

DE LA COMMERCIALITÉ DU CONTRAT

Le contrat de publicité par la presse étant défini, il est nécessaire d'examiner maintenant s'il est civil ou commercial, ou plus exactement dans quel cas il revêt l'une ou l'autre de ces qualités. Nous examinerons la commercialité du contrat, successivement à l'égard de l'annonceur et à l'égard du publicateur.

§ 1. — De la commercialité du Contrat à l'égard de l'annonceur

Le particulier qui fait insérer une annonce dans un journal fait-il un acte de commerce ?

A propos des contrats d'affichage, nous avons rappelé qu'on distinguait les actes de commerce par nature et les actes de commerce par accessoire (1).

L'insertion d'une annonce ou même d'une série d'annonces dans un ou plusieurs journaux ne constitue certainement pas l'acte de commerce tel qu'il est défini par l'article 632 du Code de commerce.

En revanche, si l'annonceur est commerçant et si l'annonce est faite dans l'intérêt et pour les besoins de son commerce, la théorie de l'accessoire est parfaitement applicable (2). En particulier si l'annonce a pour but la

1. V. *supra*, p. 50.

2 Trib. Com. Seine, 28 juillet 1860. *Journ. Trib. Com.*, 1860, p. 421; Paris, 21 juin 1862. *Journ. Trib. Com.*, 1862, p. 359,

conclusion d'une affaire commerciale, telle que la vente des produits et marchandises de l'annonceur-commerçant, elle est certainement commerciale (1).

Il ne faut même pas s'arrêter là : l'annonce sera également commerciale si elle a pour but la conclusion d'un acte qui ne sera commercial que par accessoire. Voici un exemple : un commerçant désire acheter une voiture de livraison, l'acte n'est commercial que par accessoire ; s'il fait insérer une annonce dans le but d'attirer l'attention de vendeurs éventuels, il fait un acte de commerce.

A l'inverse, si l'annonceur n'est pas commerçant, ou si, quoique commerçant, il fait insérer une annonce en vue d'un acte civil, l'annonce ne sera pas commerciale (2).

On voit que pour apprécier la commercialité de l'annonce vis-à-vis de l'annonceur, il est inutile d'examiner si cette annonce est publiée par un commerçant et si elle est commerciale vis-à-vis du publicateur.

Rappelons enfin que *ratione loci* le demandeur a le choix entre trois tribunaux : 1^o le tribunal du domicile du défendeur ; 2^o le tribunal de l'arrondissement où la promesse a été faite et la marchandise livrée (ces deux conditions devant concourir) ; 3^o le tribunal du lieu de paiement (3).

En particulier, dans le contrat de publicité, on peut admettre que le lieu de la publication du journal contenant l'annonce équivaut au « lieu de la livraison » (4).

1. Feltaine, p. 86.

2. Trib. Com. Seine, 24 sept. 1861 (annonce relative à des séances de magnétisme) *Journ. Trib. Com.*, 1862, p. 185 ; Trib. paix Paris, 23 sept. 1897 (annonce en vue de la vente d'une propriété rurale) cité par Fabreguettes II, n^o 174, p. 131 en note. Paris, 13 déc. 1901 (annonce émanant d'un auteur éditant ses propres ouvrages) *Journ. Trib. Com.*, 1903, p. 312 ; Trib. Com. Havre (annonce de propagande pour une Société d'assurances mutuelles) *Rec. Havre*, 1913.1.138.

3. Thaller, n^o 2242 ; Paris, 19 déc. 1899, *Journ. Trib. Com.*, 1900, p. 459.

4. Paris, 21 juin 1862 précité.

§ II. — De la commercialité du Contrat à l'égard du publicateur

Le fait de publier les annonces apportées par des tiers constitue-t-il un acte de commerce?

Il faut distinguer : si l'objet principal du périodique est justement la publication des annonces et la recherche du gain qui en résulte, on peut considérer que le publicateur joue, vis-à-vis des annonceurs le rôle d'un agent de publicité (1) et les auteurs et la jurisprudence assimilent volontiers l'agence de publicité à une agence d'affaires (2).

La publication des annonces constitue alors un acte de commerce, selon l'article 632, § 4 du Code de commerce. Tel est le cas des journaux d'annonces légales et judiciaires dans lesquels la partie rédactionnelle n'a souvent qu'une importance très secondaire, à moins qu'elle ne soit inexistante. Tel est encore le cas de certains journaux d'information dont le but est essentiellement lucratif (3).

Mais en général, l'exploitation de la publicité ne constitue pas la raison d'être du périodique. Quoiqu'elle soit souvent la condition essentielle de son existence et de sa prospérité, elle n'apparaît pas néanmoins comme le *but*

1. Cf. *Ann. dr. Comm.*, 1904, II, 31, p. 106; Trib. Civ. Niort, 16 juillet 1920. *Gaz. Pal.*, 1921, 1, 84; Trib. Paix de Montdidier, 13 janv. 1903. *Rev. Just. Paix*, 1903, 256; Trib. Com. Marseille, 8 sept. 1903. *Rec. Marseille*, 1903, 1, 398.

2. V. *infra*, dans notre quatrième partie.

3. La question n'offre, dans ce cas, qu'un intérêt médiocre. Les journaux d'information sont des exploitations commerciales pour d'autres raisons : d'abord parce qu'ils sont souvent constitués en sociétés par actions et dans ce cas ils sont commerciaux par la forme (Loi du 1^{er} août 1893), ensuite comme nous allons le voir, parce qu'ils publient des articles émanant de rédacteurs salariés.

du périodique, mais plutôt comme le *moyen* destiné à vaincre les difficultés économiques qui empêchent sa publication.

Dans ce cas il paraît difficile d'admettre que la publication des annonces constitue un acte de commerce par sa nature.

Dans notre hypothèse, en effet, et à l'inverse de l'hypothèse précédente, l'exploitation de la publicité n'est point faite dans un but de spéculation, puisqu'elle n'a lieu que pour permettre au journal de paraître et de remplir la mission que le publicateur lui a assignée. Elle n'est donc point commerciale.

En résumé, la publication d'une annonce ne constitue un acte de commerce par sa nature, vis-à-vis du publicateur, que si elle est faite directement dans un but de spéculation.

* * *

Mais la plupart du temps, la publication des annonces sera commerciale pour une autre raison : en vertu de la *théorie de l'accessoire*.

Comme on vient de le voir, du fait que le publicateur exploite la publicité de son périodique on ne peut conclure qu'il fait acte de commerce. Mais la publication du journal peut en dehors de toutes questions d'annonces, constituer un acte de commerce. Dans ce cas la publication des annonces, faite pour les besoins et dans l'intérêt du commerce du publicateur deviendra commerciale par accessoire.

Quand donc la publication d'un périodique, indépendamment des questions d'annonces sera-t-elle commerciale ?

La jurisprudence emploie généralement le critérium suivant :

La publication d'un journal n'est pas un acte de commerce quand elle est faite par ses propres rédacteurs (1) ; ou quand l'éditeur s'adjoint des rédacteurs non rémunérés (2) ; ou même quand l'éditeur rémunère des rédacteurs qui ne sont que des auxiliaires dont il coordonne les travaux (3).

Au contraire, elle constitue un acte de commerce si celui qui dirige effectivement la feuille est étranger à la rédaction ou au moins spéculé sur le produit du travail de ses rédacteurs salariés. Les tribunaux considèrent dans ce cas qu'il est l'éditeur de l'œuvre d'autrui (4) et qu'il agit dans un but de spéculation (5). Dans cette hypothèse, si le propriétaire du journal publie des annonces, il fera à coup sûr acte de commerce, soit qu'il les publie dans un but de spéculation (et dans ce cas l'acte sera commercial par nature) (6), soit qu'il les publie afin d'en tirer simplement les ressources qui permettront au journal de vivre (et dans ce cas l'acte sera commercial par accessoire) (7).

1. Fabreguettes, II, n° 148, p. 50 en note avec plusieurs renvois, *Contra*. Limoges, 29 fév. 1844. *Sir.* 1844.2.582 et la note qui critique vivement cet arrêt.

2. Toulouse, 28 octobre 1886. *Sir.* 1887.2.129; Paris, 24 juin 1908, *Journ. Faillites*, 1908.411.

3. Paris, 25 mai 1855. *Sir.* 1855.2.413. *

4. Paris, 25 avril 1844. *Sir.* 1845.2.611 et la note; Paris, 7 août 1847. *Sir.* 1849.2.114; *Rép. génér. Fuzier-Herman*. V° *Acte de Commerce*, n° 566 et les références; *D. Jur. gén. Eod.* Vo, n° 55 et 292.

5. Rennes, 26 déc. 1898. *Rec. Nantes*, 1900.1.82; Trib. civ. Largentière, 4 avril 1900. *La Loi*, 10 mai 1900; Aix, 26 mars 1899, *Rec. Marseille*, 1899.1.324.

6. V. *Supra*, p. 131.

7. Trib. Com. Marseille, 24 janv. 1870. *Rec. Marseille*, 1870.1.70; Cas. 23 mai 1870. D.1870.5.135; Trib. Com. Seine, 22 mars 1893. *Gaz. Pal.*, 1893.1.694; Trib. Com. Seine, 13 oct. 1893. *Journ. trib.*

Dans la première hypothèse, au contraire, la publication du journal n'est pas un acte de commerce. Si le propriétaire publie des annonces, l'acte sera civil (1), à moins qu'il ne le fasse dans un but de spéculation, dans ce cas l'acte serait commercial par nature ; mais le cas sera rare étant donné le mode d'organisation du journal.

com., 1895, p. 65 ; Toulouse, 25 nov. 1895. *Gaz. Trib.*, 21 déc. 1895 ; Trib. Com. Le Havre, 20 juill. 1897. *Rec. Havre*, 1897.1.141 ; Trib. Com. Marseille, 15 nov. 1899. *Rec. Marseille*, 1900.1.41 ; Trib. Com. Liège, 30 mars 1902. *Pand. Per. Belges*, 1902, n° 900 ; Trib. Com. Marseille, 22 janv. 1913. *Rec. Marseille*, 1913.1.195 ; Trib. Com. Lyon, 1^{er} juin 1922, *Journ. Faillites*, juill.-sept. 1923 ; Cas. 20 déc. 1922. *Gaz. Trib.*, 9 février 1923.

1. Paris, 2 juillet 1894. *Journ. trib. comm.*, 1895, p. 459 ; Rouen, 2 fév. 1898, *Gaz. Pal.*, 1898.2.569 ; Trib. Com. Gand, 14 mai 1908. *Pasic. belge*, 1908, III, 259 ; Fabreguettes II.148, p. 50 s.

CHAPITRE III

FORMATION ET CONDITIONS DE VALIDITÉ DES CONTRATS

§ 1. — Formes du contrat et modes de preuve

Le contrat de publicité par la presse est un contrat consensuel ; il n'exige pour sa conclusion que le simple échange des consentements des parties. Il n'est soumis à aucune forme spéciale : il peut être constaté ou par acte authentique, ou par acte sous seing privé. La rédaction d'un écrit n'est même pas nécessaire, sauf toutefois la difficulté de la preuve.

Selon le Code des usages de la publicité (article 5), les formes les plus généralement employées sont :

- 1° L'engagement en double ou multiples expéditions ;
- 2° La lettre de commande ;
- 3° Le bon de commission ou d'insertion.

« Tous ces documents, ajoute le Code des usages, ont, en « publicité le même caractère et s'y emploient de la même « manière que dans les rapports ordinaires du commerce ».

On sait que le Code de commerce, hormis l'article 109 relatif aux preuves, ne réglemente ni la formation des contrats ni leurs conditions de validité et que le Code civil reste le droit commun applicable aux matières commerciales, tant qu'il n'y ait été dérogé par le Code de commerce (1).

1. Thaller, n° 998.

Le contrat de publicité par la presse étant formé par le simple échange de consentements, il importe que les deux parties aient manifesté leur volonté.

A la lettre de commande et au bon d'insertion, le publicateur répondra par son acceptation ou « confirmation » du contrat de publicité. Mais le publicateur qui insère en tête de son journal, ou dans un annuaire professionnel, les tarifs de sa publicité n'est-il pas, vis-à-vis des annonceurs dans un état de sollicitation permanente tel que la simple manifestation de volonté de l'annonceur suffise à la conclusion du contrat ?

Cette importante question sera résolue au chapitre V où nous montrerons que le contrat de publicité étant conclu *intuitu personae* vis-à-vis de l'annonceur, les offres du publicateur sont toujours présumées faites sous réserve de son acceptation définitive.

Etant donné l'usage constant de l'écrit dans la conclusion des contrats de publicité par la presse, il n'y a guère de difficultés relatives à la preuve.

Rappelons cependant que si le contrat de publicité est *civil*, la preuve par témoins n'est permise, pour établir l'existence du contrat, que si la valeur du litige ne dépasse pas 150 francs, sauf s'il existe un commencement de preuve par écrit (C. civ., art. 1341).

Au contraire, si le contrat est *commercial*, la preuve testimoniale est toujours admise (C. com., art. 109).

§ 2. — Conditions de validité

Le contrat de publicité par la presse est un contrat synallagmatique et commutatif, exigeant pour sa validité

un *objet*, un *prix* et le *consentement réciproque des parties*. En outre, il faut que le consentement échangé émane de personnes *capables* de le donner.

La capacité des parties aux contrats de publicité est celle du droit commun. Nous ne nous y arrêterons pas.

1^o *Objet*. — L'objet doit être déterminé.

Nous savons en quoi il consiste : l'industrie du publicateur en vue de la publication de l'annonce. Les parties auront soin de préciser l'importance de l'annonce (emplacement et dimensions) d'une part, et d'autre part le nombre d'insertions que le publicateur s'est engagé à faire.

Si la prestation promise n'est pas spécialement déterminée, il suffit qu'elle soit *déterminable*, d'après les circonstances ou l'usage.

Ainsi « les tribunaux doivent suppléer, dans un contrat les clauses qui sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées. En particulier, si la durée du contrat n'est pas prévue dans le texte, il y a lieu de rechercher « quels sont les usages en cette matière (1) » ;

De même, la Cour de Lyon n'a pas annulé un contrat dans lequel l'annonceur, directeur d'une compagnie de chemins de fer, stipulait, moyennant un prix forfaitaire « le droit de faire insérer dans lesdits journaux, les *articles utiles à sa cause* » sans exprimer d'autres indications (2).

L'objet du contrat doit être *licite*. Si l'annonce que le publicateur a promis d'insérer est contraire aux lois, aux

1. Trib. Com. Lyon, 12 décembre 1919, *Gaz. Com. Lyon*, 27 oct. 1920 ; Lyon 13 mars 1905, *Gaz. Com. Lyon*, 30 nov. 1905.

2. Lyon, 12 juin 1897, *Mon-Jud-Lyon*, 11 déc. 1897.

bonnes mœurs ou à l'ordre public, le contrat de publicité est nul (1).

2° *Prix*. — L'annonceur doit promettre un prix au publicateur. Sinon, on l'a vu (2) le contrat de publicité n'est plus un contrat d'entreprise, c'est un contrat innommé.

Mais l'indication du prix n'est pas nécessaire, pour la validité du contrat. S'il est établi que le publicateur n'a pas agi dans un but de bienfaisance, on suppléera à l'absence du prix par les tarifs en usage. En particulier si le publicateur a publié son tarif de publicité, en tête du journal, par exemple, le contrat sera présumé établi sur cette base.

3° *Consentement des parties*. — Si le consentement de l'une ou des deux parties est détruit par une cause quelconque, le contrat est inexistant. Même si le consentement a été réellement donné, il est possible qu'il ait été vicié : le contrat, dans ce cas, existe, mais il est *annulable*.

Le consentement peut avoir été donné à la suite d'une *violence, de manœuvres dolosives, ou d'une erreur* (3). La violence est rare, mais on rencontre des cas de dol et d'erreur.

Dol. — Certains publicateurs, afin de déterminer les annonceurs à conclure des contrats de publicité, font à ceux-ci des promesses mensongères, dissimulent leur véritable personnalité, leur laissent espérer des commandes importantes dont la souscription de l'annonce est la con-

1. Feltaine, p. 120, *La loi*, 20 mai 1857 ; *Trib. Com. Seine*, 21 juin 1869. *Journ. Trib. Com.*, 1869, p. 355 ; *Trib. civ. Seine*, 12 juin 1895, *Gaz. Pal.*, 1895.2.40.

2. *Supra*, p. 127.

3. C. Civ., art. 1109.

dition indispensable, etc. D'autres rédigent des contrats de façon à enlever aux promesses faites par eux toute valeur en justice ; ou encore font signer aux souscripteurs des clauses rédigées d'une façon ambiguë et leur retirent le texte de l'acte pendant plusieurs jours, pour éviter leurs réflexions et récriminations immédiates, « certains individus pour faire croire que l'emplacement de l'annonce est extrêmement favorable, ont habilement enlevé deux pages intermédiaires, entre l'annonce et le texte rédactionnel afin de donner l'impression que l'annonce est placée face au texte (1). »

Les tribunaux apprécient si ces faits constituent des manœuvres dolosives pouvant entraîner la nullité du contrat (2).

Erreur. — Même en l'absence de manœuvres dolosives le consentement des parties peut encore être vicié.

Si les conventions librement consenties font la loi des parties et engagent ceux qui les ont signées de bonne foi, il n'en est pas de même lorsque le consentement de l'une des parties n'a été obtenu que par suite d'une erreur, à condition qu'il s'agisse d'une erreur sur les qualités substantielles de la chose qui fait l'objet du contrat. Il y a là une *question de fait* qui ne peut se résoudre que par l'application de circonstances qui varient à l'infini (3).

L'erreur la plus importante qu'on rencontre dans les

1. Chambonnaud, *Les affaires et l'Annonce*, p. 531.

2. Trib. Com. Seine, 30 mars 1900, *Journ. Trib. Com.*, 1902, p. 129, Trib. Com. Seine, 26 oct. 1900, *le Droit*, 30 nov. 1900 ; Trib. Com. Seine, 10 fév. 1911, *Gaz. Trib.*, 8 juillet 1911 ; Trib. Civ. Seine, 8 avril 1902, *la Loi*, 30 juin 1902.

3. Paris, 24 déc. 1883, *Gaz. Pal.*, 1884. 1. *Suppl.*, p. 5 ; Trib. Com. Seine, 22 sept. 1905. *Journ. Trib. Comm.*, 1907 ; 187.

contrats de publicité est l'erreur sur le chiffre du *tirage* du périodique dans lequel l'annonce est insérée.

En raison de son importance et afin d'examiner le problème d'une façon plus large, nous consacrerons à cette question un paragraphe troisième.

§ 3. — La question de la justification des tirages

La question de la justification des tirages, depuis de nombreuses années préoccupe le monde de la publicité.

Nous voudrions essayer de montrer qu'on peut la résoudre en partie par l'application de la théorie de l'erreur dans les contrats.

Voici comment un technicien expose la question : « Sup-
« posez qu'un beau matin vous décidiez de vous payer
« quelques cartes de visite. Vous vous rendez chez un
« imprimeur et après avoir minutieusement choisi le for-
« mat que vous préférez et le bristol qui vous plaît le
« mieux, vous vous avisez de demander à l'imprimeur :
« Vous mentionnez le prix de 15 francs... Mais quel
« nombre de cartes me ferez vous pour ce prix ? « Que
« feriez-vous si la réponse était : Oh ! cela est absolument
« confidentiel ! Le prix que je vous ai donné est pour le
« modèle et le carton choisi... quant au nombre de cartes,
« il sera très important ; plus important que celui d'aucun
« de mes concurrents pour ce prix... et puis le carton est
« excellent.

« Vous considéreriez l'imprimeur comme un fumiste et
« vous vous abstiendriez de passer commande.

« Et cependant, n'est-ce pas — ou peu s'en faut — l'ar-
« gument que vous tient 90 0/0 de la Presse, lorsque vous
« confiez votre... carte à imprimer ?

« Notre tirage, Monsieur ? Important ; très important...
« De beaucoup supérieur à X ou à Z. Mais vous compre-
« nez que nous ne pouvons pas donner un chiffre : cela
« est confidentiel... »

« De temps à autre, vous recevez une réponse un peu
« moins vague « notre tirage est environ 50.000 » ou « nous
« tirons *approximativement* à 50.000 » ou : « Tel jour
« notre tirage a été contrôlé et s'est élevé à 49.782 exem-
« plaires. Ce jour a d'ailleurs été minutieusement
« choisi (1) ».

Telle est en effet la situation : la plupart des journaux refusent de donner à leurs annonceurs le chiffre de leur tirage ou de mettre à leur disposition les moyens de le contrôler. Ils invoquent, à cet effet, des raisons que nous n'avons pas à apprécier (2).

Les annonceurs et les agents de publicité souhaitent une loi obligeant les journaux à publier le chiffre de leur tirage, comme il en existe une en Amérique.

En attendant, la Chambre syndicale de la Publicité a créé un « office de justification des tirages » et a invité les journaux à se soumettre à son contrôle (3).

Mais ce n'est pas la question que nous avons à examiner. Si les annonceurs ne sont pas satisfaits des conditions imposées par les publicateurs, ils n'ont qu'à ne pas traiter avec eux (4).

1. M. F. Marteau dans *la Publicité*, fév. 1920, p. 95.

2. V. le rapport de la *Semaine de la Publicité* cité à la note suivante.

3. *Bulletin de la Chambre syndicale de la Publicité, Semaine de la Publicité*, Rapport de M. Maillard, n° 33, p. 25 (déc. 1922).

4. V. aussi *la Publicité Moderne* Rev. mens., janv. 1905 : *la Publicité de France*, nov. 1923.

* * *

L'annonceur qui a passé un contrat de publicité pourra-t-il par la suite, exiger du publicateur, qu'il lui donne le chiffre de son tirage et le lui prouve ?

La solution dépend de la façon dont le contrat de publicité a été conclu ; trois cas sont à envisager.

PREMIER CAS. — Le publicateur a inséré dans le contrat de publicité un chiffre de tirage.

Dans ce cas il est évident que le publicateur est tenu de prouver que le chiffre du tirage de sa feuille est bien celui qu'il avait garanti. Sinon, il n'exécute pas la prestation promise ; le contrat peut être résilié et le publicateur condamné à des dommages-intérêts (1).

Le cas est plutôt rare, puisque la difficulté provient justement de ce que les publicateurs refusent de donner cette garantie aux annonceurs (2).

DEUXIÈME CAS. — Le publicateur, à aucun moment, n'a donné le chiffre du tirage de sa feuille.

On peut même supposer que, lors de la conclusion du contrat il ait expressément refusé de le faire connaître.

Dans ces hypothèses, l'annonceur est victime de sa propre légèreté. S'il a traité avec le publicateur, sans s'in-

1. Trib. Com. Seine, 6 sept. 1901, *la Loi*, 12 oct. 1901.

2. M. Albucher propose, dans cette hypothèse, d'appliquer la loi du 1^{er} août 1905. Cette loi permet l'action pénale contre tous ceux qui ont trompé ou tenté de tromper leur co-contractant sur la nature, les qualités substantielles... la quantité de choses livrées. Cette loi nous paraît applicable. Elle n'est pas restreinte, en effet, à la vente, comme l'était le projet primitif. Le mot « Acheteur » a été volontairement remplacé par le mot « co-contractant » afin d'élargir la portée de la loi.

quiéter du tirage de la feuille dans laquelle son annonce allait paraître, on peut admettre qu'il n'y attachait pas une importance considérable. Et si le publicateur a opposé un refus à son désir de connaître le chiffre de tirage, il n'en demeurerait pas moins libre de ne pas traiter avec un tel co-contractant.

Aussi, par la suite, il ne sera pas fondé à exiger du publicateur la communication de tous les livres, pièces ou documents de nature à lui faire connaître le chiffre du tirage de la feuille, alors qu'il avait dédaigné de le connaître lors de la conclusion du contrat (1).

TROISIÈME CAS. — Le publicateur n'a garanti à l'annonceur aucun chiffre de tirage, mais il l'a fait connaître par divers moyens.

Le cas est fréquent. Le publicateur a déclaré dans un annuaire, dans une annonce, ou même dans les colonnes de son journal, que celui-ci tirait à tant d'exemplaires. Peut-être même a-t-il adressé à l'annonceur un prospectus où le chiffre était inscrit; peut-être encore l'a-t-il déclaré verbalement à l'annonceur avant la conclusion du contrat. Et si l'annonceur a traité, c'est en considération de ce chiffre. Ne pourra-t-il prétendre, par la suite, qu'il a été victime d'une erreur, qu'il avait eu confiance dans les déclarations du publicateur, qu'il ne lui aurait pas confié son annonce s'il avait su que le tirage de la feuille où elle fut insérée, n'était que la moitié du chiffre déclaré, par exemple, ainsi qu'il le prétend aujourd'hui?

Nous pensons que dans ce cas, il sera fondé à demander la nullité de son contrat. La jurisprudence paraît admettre cette solution.

1. Fabreguettes II, n° 175, p. 136; Feltaine, p. 117. Paris, 21 mars 1890. *Gaz Trib.*, 19 avril 1890.

Mais encore faut-il qu'une triple condition soit remplie :

1^o D'abord l'annonceur devra prouver qu'il y a eu erreur de sa part, qu'il avait de justes motifs de considérer comme véritables les déclarations du publicateur, qu'il n'a commis aucune faute en n'exigeant pas de son co-contractant une garantie plus sérieuse.

Ainsi nous verrons dans notre quatrième partie que le tribunal de commerce de la Seine a refusé d'annuler le contrat conclu entre le publicateur et un fermier d'annonces : ce dernier, qui est un professionnel, n'aurait pas dû être satisfait d'une déclaration verbale (1).

2^o Ensuite, on sait que l'erreur commise ne peut entraîner la nullité du contrat que si elle porte sur une des qualités substantielles de l'objet.

Or le chiffre du tirage d'un périodique constitue-t-il pour l'annonceur une qualité substantielle ?

On pourrait en douter : la prestation promise par le publicateur consiste dans son industrie tendant à faire paraître l'annonce dans un périodique donné. Une fois l'annonce parue, le publicateur n'a-t-il pas rempli tous ses engagements ? Nous savons que cette théorie est inadmissible. Comme nous l'avons montré le but direct et immédiat recherché par les parties, c'est-à-dire, la *cause* du contrat, est la réalisation d'un acte de publicité.

En stipulant la parution de l'annonce, l'annonceur a surtout en vue le nombre de personnes susceptibles d'avoir cette annonce sous les yeux, c'est-à-dire le nombre de lecteurs de la feuille.

Certains publicateurs ne manquent pas de vanter également la *qualité* de leur clientèle : il est évident par

1. Trib. Com. Seine, 28 avril 1883, *infra. Gaz. Pal.*, 1883.2.76.

exemple, que les lecteurs d'une revue technique et professionnelle sont plus intéressants pour un annonceur que ceux d'un grand quotidien (1).

Mais il n'en est pas moins vrai que le nombre de lecteurs d'une feuille, c'est-à-dire son tirage, ou plus exactement son tirage *utile* (2) constitue un élément essentiel du contrat de publicité, puisque c'est lui qui détermine la valeur de la publicité effectuée et que celle-ci est un des éléments de l'objet même du contrat, ou, si l'on préfère, de sa cause.

On peut donc admettre que les déclarations mensongères du publicateur relatives au tirage, ont été l'une des principales raisons qui ont décidé l'annonceur à conclure le contrat de publicité ; que l'annonceur a donc été victime d'une erreur sur l'une des qualités substantielles de l'objet du contrat et que, par conséquent, il peut en demander la nullité (3).

3^e Enfin, il y a une troisième condition : l'annonceur devra prouver non seulement que le tirage de la feuille est inférieur au chiffre déclaré, mais qu'il est tellement inférieur que, s'il avait eu connaissance du chiffre véritable, il n'aurait pas traité.

1. V. *Atlas, Rev. Mens.*, mai 1914.

2. Le *Tirage utile* ne comprend pas les exemplaires publiés par le journal pour sa propagande personnelle et destinés à être distribués gratuitement.

Cette réclame gratuite n'a pas la même valeur que celle du journal vendu au numéro ou servi à l'abonné. Mais il n'en est pas moins difficile de déterminer le nombre d'exemplaires qui ont reçu leur emploi utile, la vente au numéro donnant lieu à des « invendus » ou « bouillons ».

3. Dans ce sens : Trib. Com. Seine, 21 juin 1887. *Journ. Trib. Com.*, 1889, n° 11.485 ; Trib. Com. Seine, 29 nov. 1902. *Journ. Trib. Com.*, 1905, p. 24 ; Trib. Com. Seine, 14 nov. 1908. *Journ. Trib. Com.*, 1910, p. 151. Adde dans *la Publicité*, fév. 1910, p. 49, l'annulation d'un contrat de publicité par un tribunal anglais, par suite d'une déclaration mensongère du publicateur.

Pour faire cette preuve, le juge pourra ordonner par voie de compulsoire l'examen des livres, pièces de comptabilités et tous les moyens de contrôle en usage. L'annonceur qui aurait affirmé à tort que la feuille a un tirage sensiblement moindre que le chiffre déclaré s'exposerait à des dommages-intérêts.

* * *

On voit que la question de la justification des tirages, telle qu'elle est à l'ordre du jour, dans le monde de la publicité, ne peut être résolue par les tribunaux qu'en partie.

Ceux-ci ne peuvent annuler que les contrats conclus par suite d'une erreur ou les résilier quand le publicateur qui a garanti un chiffre de tirage n'est pas à même de le prouver.

Mais le publicateur reste libre d'imposer à son co-contractant les conditions qui lui plaisent ; et s'il refuse de justifier son tirage, au moment de la conclusion du contrat, l'annonceur qui sait à quoi s'en tenir n'aura pas, par la suite, aucune action contre lui.

CHAPITRE IV

OBLIGATIONS DES PARTIES

Le publicateur et l'annonceur règlent leurs obligations réciproques par des conventions librement consenties.

Les clauses des contrats de publicité par la Presse sont obligatoires pour les parties qui les ont souscrites, tant qu'elles ne sont pas contraires à l'ordre public.

Nous avons déjà fait une remarque analogue à propos des contrats d'affichage. Nous n'y reviendrons pas.

Examinons les obligations de droit commun.

SECTION I

OBLIGATIONS DU PUBLICATEUR

Le publicateur doit *faire paraître l'annonce* ; cette obligation est fondamentale. Mais cela est insuffisant. Le publicateur n'a pas exactement tenu sa promesse, s'il s'est contenté de faire paraître l'annonce.

Encore faut-il qu'il ait agi en remplissant certaines conditions indispensables pour que l'annonceur retire un profit de la publicité effectuée.

Ces conditions sont relatives au chiffre de tirage de la feuille, aux annonces voisines et à l'indépendance de la la partie rédactionnelle du journal.

Nous étudierons les obligations du publicateur dans deux

paragraphes : le premier sera consacré à l'obligation de faire paraître l'annonce, le second aux conditions que la parution de l'annonce doit remplir pour libérer valablement le publicateur.

§ I. — La Parution de l'Annonce

Le publicateur qui a promis à son co-contractant d'insérer une annonce dans sa feuille doit tenir son engagement. Sinon le contrat peut être résilié et le publicateur condamné à des dommages-intérêts. (1)

Si le publicateur qui comptait sur certaines annonces pour faire paraître le journal a été déçu il n'en est pas moins obligé d'en assurer la publication pendant le temps où il s'est engagé envers l'annonceur. (2)

Le publicateur ne peut pas se dispenser d'exécuter son obligation sous prétexte que son intérêt est contraire. S'il devient commerçant postérieurement à la *conclusion du contrat* il ne peut suspendre la publication des annonces de son concurrent (3).

De même le commerçant qui achète un périodique contenant des annonces insérées en vertu de contrats antérieurs ne pourrait les supprimer parce qu'elles lui feraient concurrence (4).

Dans quels cas le publicateur qui, n'a pas précisé la teneur des annonces qu'il s'est engagé à insérer, et à qui l'annonceur remet des clichés susceptibles de lui porter préjudice, est-il en droit de les refuser ?

1. Trib. Com. Seine, 3 juillet 1901. *Gaz. Trib.*, 19 oct. 1901.

2. Trib. Com. Seine, 25 févr. 1882. *La loi*, 31 mars 1882.

3. Feltaine, p. 115.

4. Trib. Com. Seine, 9 juin 1876. *Journ. Trib. Com.*, 1877, p. 10.

En exécution de son contrat, le publicateur doit insérer toutes les annonces : il ne peut se dégager de l'obligation qu'il a contractée que s'il a un motif légitime.

Tel est le principe ; mais la détermination de la légitimité du motif invoqué par le publicateur pour ne pas exécuter son contrat est très délicate. Le Code des Usages (art. 14) accorde au publicateur un droit très entendu : « L'organe de publicité, dit-il, est en droit de refuser tout « texte ou dessin susceptible de nuire à sa réputation. Il « peut aussi, en cours d'exécution d'un contrat, refuser de « publier les textes ou dessins qui, soit par eux-mêmes, « soit par les opérations qui découlent de cette publicité, « provoquent des réclamations de ses lecteurs ou de sa « clientèle de publicité ; comme aussi les textes ou dessins « qui donnent lieu à des poursuites judiciaires, ou dont « les Pouvoirs Publics réclament la suppression. Il peut « être dû alors des dommages-intérêts à l'organe de « publicité par son client. »

Nous pensons qu'il y a là une certaine exagération. Quand l'annonce ou les opérations qui en découlent sont de nature à provoquer des poursuites judiciaires, il est incontestable que le publicateur peut en refuser l'insertion. (1) Mais le Code des Usages semble accorder ce même droit au publicateur toutes les fois que l'annoncee est de nature à lui nuire auprès de ses lecteurs et de ses clients de publicité.

Est-ce bien là un motif légitime suffisant pour ne pas exécuter un contrat ? Avec la Jurisprudence, nous ne le pensons pas.

Ainsi il a été jugé que le publicateur qui s'était engagé

1. Trib. Com. Bruxelles, 13 avril 1893. *Pas. Belge*, 1893, III, 201 ;

à insérer les annonces relatives au commerce d'un libraire, ne pouvait refuser une annonce concernant un livre écrit dans une intention diffamatoire, alors que la publication du livre n'avait pas été interdite et n'avait donné lieu à aucune poursuite (1).

De même il a été jugé que le publicateur ne pouvait pas refuser d'exécuter son contrat, sous prétexte que le texte de l'annonce insérée, sans constituer un acte de concurrence déloyale, avait provoqué des réclamations d'un tiers, faisant de la publicité dans le même journal (2).

Mais si l'annonce que le publicateur s'est engagé à faire paraître constitue une manœuvre jugée déloyale à l'égard de celui-ci, il ne peut être tenu de l'insérer. Il en est ainsi en particulier, quand l'annonce concernant un concurrent du publicateur est rédigée sciemment dans le but de prêter à une confusion défavorable à ce dernier (3).

Le publicateur qui insère l'annonce d'une façon inexacte ou incomplète engage sa responsabilité. De même, celui qui, ayant promis une série d'insertions continues, en omet une ou plusieurs.

Si le publicateur oublie une mention importante, celle d'une remise consentie à l'acheteur ou d'une prime offerte, et si son omission est de nature à nuire aux intérêts de l'annonceur, celui-ci pourra réclamer des dommages intérêts (4).

Mais si l'omission ou la « coquille » dans l'annonce n'ont causé aucun dommage et si dans un court délai le journal

1. Paris, 18 mars 1857. *La loi*, 20 mai 1857. Dans le même sens, Paris, 29 novembre 1861. *Sir* 1862.2.138.

2. Aix, 29 juillet 1915. *Rev. Marseille*, 1915.16.283.

3. Trib. Com. Seine. 20 mai 1920. *Gaz. Pal.*, 1920.2.89.

4. Paris, 15 déc. 1892. *Gaz. pal.*, 1893. I. 2^e partie, 22. Feltaine, p. 116.

a inséré une rectification l'annonceur ne pourra utiliser ce prétexte pour refuser de payer la somme promise (1).

Il appartient, en tous cas, aux juges du fond, de dire s'il y a eu préjudice causé ou si l'annonce incomplète ou inexacte a produit à peu près le même effet que si elle avait été insérée convenablement.

A ce propos, il est intéressant de voir comment le Code des usages de la publicité résout la question. L'article 9 § 1 de ce Code décide : « Une insertion défectueuse ou manquante dans un journal est simplement déduite au prix du tarif appliqué dans le contrat, sans que ce défaut d'insertion puisse entraîner la résiliation du contrat, ni être l'objet d'une revendication en dommages intérêts sauf le cas d'erreurs capitales susceptibles de porter une atteinte réelle au commerce ou à la réputation de la maison annoncée. »

Ainsi, selon le Code des usages, une annonce défectueuse ou manquante, *en principe*, n'entraîne pas de responsabilités pour le publicateur, sauf dans les cas exceptionnels.

Au point de vue juridique la solution n'est pas satisfaisante. Il semble au contraire qu'on doive plutôt retenir la solution inverse : toute faute, toute erreur, toute omission commises par l'une des parties constituent une inexécution des obligations contractées et peuvent entraîner la résolution du contrat, avec des dommages-intérêts, selon l'article 1184 du Code civil.

Voilà le principe qu'on doit appliquer en la matière. Seulement, on peut tempérer sa rigueur en laissant au juge du fond la liberté d'examiner si l'erreur ou l'omission

1. V. dans *la Publicité*, avril 1912, un cas de Jurisprudence allemande.

portent sur des obligations essentielles ou si elles n'ont qu'une importance secondaire et ne diminuent qu'insensiblement les avantages que l'annonceur escomptait du contrat. Dans ce dernier cas il ne doit être question ni de résolution ni de dommages-intérêts.

Du reste, cette antinomie entre les règles du droit commun et le Code des usages disparaît, si on veut bien considérer ce code non pas comme un ensemble de dispositions légales mais simplement comme un ensemble d'*usages* admis dans la publicité (1). Dans ces conditions on doit simplement retenir de cet article 9 qu'une erreur ou une omission dans une annonce sont des événements fréquents, auxquels, dans le monde de la publicité, on ne prête attention que s'ils sont « susceptibles de porter une atteinte « réelle au commerce ou à la réputation de la maison « annoncée ».

Afin d'éviter les erreurs dans la rédaction des annonces, l'annonceur aura intérêt à exiger du publicateur une épreuve. A ce propos, signalons que le code des usages (art. 10) admet « que l'organe n'est tenu de fournir une épreuve des textes « à composer que si la mention en a été faite au contrat ». Nous l'admettons volontiers (2).

C'est du reste dans les cas de ce genre que l'usage est surtout à retenir que le Code des usages de la publicité est excellent.

Lorsqu'il a été convenu qu'une série d'articles de publicité serait terminée par un article d'un journaliste désigné, l'absence de publication de cet article peut être jugée suffi-

1. *Supra*, p. 6.

2. Dans le même sens : Duplat, p. 92.

sante pour entraîner la résolution complète du contrat (1).

L'annonceur désigne habituellement l'emplacement exact ou approximatif où il entend que son annonce soit insérée. Les tarifs de publicité des journaux varient, du reste, avec la qualité des emplacements. Mais si l'annonceur n'a rien stipulé à ce sujet, le publicateur reste seul juge de l'endroit où l'annonce sera insérée, à condition toutefois qu'il n'agisse point contrairement à l'intention présumée de son co-contractant. Par exemple, si le journal contient une rubrique de spectacles, l'annonce d'une représentation théâtrale doit normalement y être insérée, mais le publicateur peut la classer à son gré parmi les « Théâtres de genre » ou parmi les « Spectacles divers » (2).

Le contrat de publicité est généralement conclu pour une durée déterminée. Mais nous avons vu, qu'en réalité le publicateur ne promet pas son travail pendant un temps donné, mais s'engage à faire un certain nombre de fois, un même acte, qui est la parution de l'annonce.

Afin d'éviter toute équivoque les contrats de publicité portent ordinairement qu'ils sont conclus pour 3, 7, 15... insertions.

L'annonceur peut laisser au publicateur une certaine latitude pour choisir les jours où son annonce paraîtra. Mais il peut aussi stipuler que son annonce sera publiée tels jours déterminés ; dans ce cas le publicateur est tenu d'exécuter strictement la prestation promise.

M. Duplat cite un arrêt du Tribunal de commerce de Bruxelles, « admettant une diminution de 50 0/0 sur le « prix d'insertion, parceque le journal obligé à publier « l'annonce dans le numéro du Samedi, ne l'avait pas fait

1. Paris, 10 nov. 1871. *Bull. Arr. Paris*, 1870-1871, p. 187.

2. Trib. Com. Seine, 20 nov. 1905. *Gaz. Trib.*, 30 janv. 1906.

« paraître à la date convenue. Beaucoup de personnes dit
« le jugement, dans les villages surtout, consacrent le
« Dimanche à lire avec soin et sans omettre une ligne le
« journal du jour (1) .. »

Si nous consultons le Code des usages de la publicité, nous voyons *qu'il est d'usage* de laisser au publicateur une certaine liberté pour le choix des jours où l'annonce doit paraître : « *Sauf stipulations expresses*, dit l'article 8, « les dates des insertions dans les journaux ou autres « publications périodiques à format constant et à emplacement limité ne sont pas strictement garanties ».

Cette règle nous paraît insuffisante. Même en l'absence de stipulations expresses il peut résulter du contrat que l'annonceur possède un intérêt certain à ce que sa publicité soit faite à une date plutôt qu'à une autre. Par exemple si le journal accepte l'ordre d'annoncer une vente publique qui doit avoir lieu quatre jours après, il est censé avoir promis de l'annoncer dans le délai voulu. S'il fait l'insertion après que la vente a eu lieu et si celle-ci s'est faite dans de mauvaises conditions faute de publicité, le publicateur a engagé sa responsabilité (2).

Les règles sont les mêmes quand le retard provient, non pas de la publication de l'annonce, mais de la publication de l'organe ou du volume qui la contient. Ainsi le contrat par lequel une annonce doit être insérée dans un album, un annuaire, un almanach devant paraître à date fixe, peut être résilié si la parution n'a pas eu lieu à la date convenue (3), à moins que l'annonceur ne soit présumé avoir accepté le retard (4).

1. Trib. Com. Bruxelles, 5 juin 1908, cité par Duplat, p. 99.

2. Duplat, p. 99.

3. Trib. Com. Lyon, 8 avril 1909. *Gaz. com. Lyon*, 2 oct. 1909.

4. Trib. Com. Seine, 4 déc. 1919. *La Loi*, 24 mars 1920.

Quelle est la sanction de l'inexécution du contrat ?

Selon M. Feltaine, comme il s'agit d'une obligation de faire, le contrat ne saurait avoir comme sanction, qu'une condamnation à des dommages-intérêts, l'annonceur gardant bien entendu la faculté de demander la résiliation du contrat (1).

Mais M. Feltaine reconnaît que « les tribunaux ont par-
« fois estimé inutile et insuffisante une condamnation du
« publicateur à des dommages-intérêts et l'ont remplacée
par une obligation sous contrainte d'exécuter son con-
trat (2). »

A notre sens, on peut généraliser cette règle et admettre que l'annonceur peut toujours, conformément à l'art. 1184 du Code civil, demander l'exécution de la convention sauf au cas où il y aurait une impossibilité matérielle. Les tribunaux peuvent obliger le publicateur à s'exécuter en le menaçant d'une astreinte.

§ 2. — Conditions de la parution de l'annonce

Le publicateur a-t-il rempli toutes ses obligations quand il a fait paraître l'annonce de son co-contractant ?

Si l'on admet que le contrat de publicité est un simple louage d'industrie, il semble qu'on puisse répondre affirmativement.

En effet, qu'a promis le publicateur ?

Ses soins, ses services et ceux de ses préposés, l'usage

1. Feltaine, p. 121.

2. Trib. Com. Seine, 25 fév. 1882 précité : « attendu qu'en matière
« de publicité la résiliation des engagements avec dommages-intérêts
« ne saurait équivaloir à leur exécution ».

de son matériel etc..., en vue de l'insertion dans sa feuille de l'annonce de son client.

L'annonce parue, il a tenu son engagement.

Telle est l'opinion de M. Feltaine : « La publication faite, dit-il, le donneur d'ordres ne saurait rien réclamer de plus ; l'agent de publicité (lire : le publicateur) a rempli toute son obligation (1) ».

Nous avons réfuté cette opinion et nous avons montré que l'objet du contrat de publicité par la presse consiste dans l'industrie du publicateur non pas seulement en vue de la parution de l'annonce, mais en vue de la réalisation d'un acte de publicité. Le publicateur n'aura rempli son obligation que dans la mesure où il aura inséré l'annonce dans des conditions telles qu'elle puisse produire la publicité escomptée par les parties au moment de la conclusion du contrat.

Ce sont ces conditions que nous allons examiner.

1^o LE TIRAGE DE L'ORGANE

La première conséquence qui découle du principe admis par M. Feltaine, à savoir que le publicateur a rempli toutes ses obligations dès que l'annonce a paru, est que le nombre d'exemplaires publiés de la feuille est sans importance.

Nous avons déjà montré, à propos de la question de la justification des tirages, combien cette idée était fausse. Nous allons maintenant en examiner une seconde application, que nous réfuterons également.

1. Feltaine, p. 117.

« Malgré les conventions faites, dit M. Feltaine, le journal garde sa liberté de modifier son organisation, de changer ses rédacteurs et ses principes, de compromettre peut-être aussi son succès, de voir diminuer le nombre de ses lecteurs. Les modifications du journal ont pour- tant une répercussion directe sur la valeur réelle de sa publicité : elles ne justifieraient pas une demande en résiliation du contrat (1). »

Voilà à quoi on aboutit en appliquant strictement la théorie du louage d'industrie, sans tenir compte de l'intention des parties et de la cause du contrat.

Or, on ne peut valablement soutenir que l'annonceur, au moment de la conclusion du contrat, n'a pas attaché une importance primordiale au nombre présumé des lecteurs du journal. Et si ce nombre diminue au point que le succès de sa publicité soit sérieusement compromis, cela ne peut lui être indifférent. Avec le système de M. Feltaine, au contraire, pourvu que l'annonce paraisse, l'annonceur est satisfait !

Evidemment le sort du contrat de publicité ne dépend pas des fluctuations plus ou moins appréciables du tirage de la feuille, de l'importance de la « clientèle publicitaire », comme dit excellemment M. Delest (2) ; sinon, le prix de l'annonce serait susceptible de variations correspondant aux variations du tirage.

Mais si le nombre de lecteurs d'une feuille diminue à tel point que l'annonceur n'est plus en mesure de retirer de son contrat qu'une très faible part des avantages escomptés, nous admettons que le publicateur, bien qu'il ait scrupu-

1. Feltaine p. 117. V. aussi un article du même auteur et soutenant la même théorie dans la revue *La Publicité moderne*, février 1907.

2. *Supra*, p. 25.

leusement inséré l'annonce, n'a pas rempli toutes ses obligations. Il avait promis, en effet, non seulement la parution de l'annonce, mais encore sa parution dans un nombre tacitement déterminé d'exemplaires. Le contrat peut donc être résilié à la demande de l'annonceur (1).

2° L'EXCLUSIVITÉ

« Le publicateur, dit M. Feltaine, insérera librement à « côté de l'annonce de son client celle d'une maison rivale » (2).

En effet, puisque, selon M. Feltaine, le publicateur a rempli toutes ses obligations en faisant paraître l'annonce, peu lui importe d'en paralyser l'effet.

A propos de l'affichage, nous avons montré les inconvénients qui pouvaient résulter du voisinage de deux annonces de maisons concurrentes (3).

Rappelons les conclusions que nous avons adoptées : en principe le propriétaire d'un emplacement ne doit pas faire voisiner deux affiches concurrentes, à condition toutefois 1° que le voisinage soit la cause d'un préjudice pour l'annonceur ; 2° qu'il n'en résulte pas, pour ce dernier, une simple diminution de profit, mais un empêchement réel de jouir des avantages de son contrat ; 3° que l'annonceur ne soit pas présumé avoir renoncé au bénéfice de l'exclusivité.

Nous estimons que, dans les contrats de publicité par

1. Dans ce sens : Albucher, p. 38, qui indique que la jurisprudence est contraire, sans donner de références, *Semaine de la Publicité*, rapport de M. Maillard, *Bul. de la Chambre Syndicale*, déc. 1922, p. 25.

2. Feltaine, p. 118.

3. *Supra*, p. 80.

la presse, l'exclusivité est due dans les mêmes conditions.

Mais dans les contrats d'affichage nous avons admis le principe en appliquant l'article 1719 du Code civil qui prescrit au bailleur de faire jouir paisiblement le preneur. Or il n'existe point de règle analogue dans les contrats d'entreprise.

Nous maintenons néanmoins que l'exclusivité est due à l'annonceur dans les conditions précitées.

Nous savons en effet, que le but direct et immédiat poursuivi par les parties est la réalisation d'un acte de publicité. Le publicateur ne peut donc pas, après avoir promis d'insérer l'annonce pour réaliser cet acte de publicité, agir de telle façon que l'effet de l'annonce en soit paralysé.

C'est ainsi que la Cour de Rennes a résilié un contrat qui offrait de grandes analogies avec nos contrats de publicité. Le publicateur avait cédé à un homme politique la première page de son journal durant une campagne électorale et lui avait promis d'insérer tous les articles que celui-ci lui présenterait. Or le publicateur, accepta, par la suite, des articles émanant d'adversaires politiques de son co-contractant.

La Cour de Rennes résilia le contrat au dépens du publicateur « considérant qu'une pareille convention « implique nécessairement de la part de O. (le publicateur) l'obligation... de ne point mettre les autres « pages à la disposition des candidats adverses (1) ».

Aussi le publicateur n'a pas rempli toutes ses obligations quant il a fait paraître l'annonce. En outre il ne doit pas en insérant une annonce concurrente à côté de celle

1. Rennes, 27 mars 1902, *France judiciaire* 1902. 2.251.

de son client, mettre obstacle aux avantages que l'annonceur comptait retirer de son contrat (1).

3° INDÉPENDANCE DE LA PARTIE RÉDACTIONNELLE

On peut considérer qu'un périodique comprend deux parties : la *partie rédactionnelle* qui est l'œuvre du publicateur et la partie relative à la *publicité* qui est l'objet d'une exploitation commerciale.

Cette distinction est facile à l'égard des *annonces* proprement dites, c'est-à-dire des clichés et textes insérés aux dernières pages ; elle est plus délicate à l'égard des *réclames* dites aussi *publicité rédactionnelle* dont le but est justement de faire croire au lecteur que le texte de la réclame est l'œuvre du publicateur.

Le publicateur aliène-t-il sa liberté d'écrire ce qui lui plaît dans la partie rédactionnelle, du fait qu'il accepte une annonce dans la partie réservée à la publicité ? Peut-il être considéré comme ayant rempli toutes ses obligations vis-à-vis de l'annonceur si l'annonce ayant été insérée convenablement, il fait paraître dans la partie rédactionnelle un article susceptible d'en détruire les effets ?

En principe, il faut admettre que le publicateur conserve son entière liberté. Elle est indispensable à sa fonction. Or, elle est déjà sérieusement menacée, du fait qu'un journal ne peut vivre sans publicité et que les annonceurs conservent toujours la faculté de refuser leur clientèle aux organes qui ont des tendances contraires à leurs intérêts.

1. La clause par laquelle l'annonceur stipule l'exclusivité est licite même quand elle est dirigée contre un concurrent. Paris, 15 février 1875, *Pataille*, 1875, p. 381.

Précisons davantage. D'abord il nous paraît certain que le publicateur, s'il reste dans les limites du droit de critique, peut librement combattre les allégations contenues dans les annonces parues dans le même numéro ou dans des numéros de date voisine. Il ne saurait être obligé à une adhésion même tacite du contenu des annonces acceptées.

En particulier le publicateur peut, dans un article de fond, critiquer une opération financière, quoique celle-ci soit l'objet d'une annonce (1). De même, il peut combattre un nouveau journal et dévoiler les combinaisons qui ont été formées à l'occasion de son lancement, bien qu'il ait inséré une annonce le concernant (2). Il lui est loisible d'entreprendre une campagne contre l'alcoolisme, quoiqu'il ait accepté des annonces de boissons alcoolisées.

Les lecteurs du journal savent que l'article émane du publicateur et que l'annonce est rédigée par les maisons intéressées. Aussi la question est-elle plus délicate quand il s'agit de « publicité rédactionnelle », c'est-à-dire d'une publicité donnant l'impression d'être l'œuvre de la rédaction du journal. Dans ce cas, deux articles rédigés en sens contraire dans un même numéro sont susceptibles de détruire radicalement l'effet de la publicité effectuée.

Mais, en général, peut-on admettre que le droit du publicateur est sans limite ?

La stricte application de la théorie de M. Feltaine conduit à l'affirmative : puisque l'annonce a été insérée, le publicateur a rempli toutes ses obligations et il peut, par

1. Paris, 18 juin 1881. *La loi*, 24 juin 1881; Duplat, p. 100; Fabreguettes, n° 175, p. 136 en note *D. Jur. gén.* V° *Presse*, n° 836.

2. Trib. Com. Paris, 3 déc. 1845. *D. P.* 1846.3.39; Fabreguettes, II, n° 202, p. 220 en note,

un article contraire en faire perdre tout le profit à son client.

Nous faisons ici les mêmes réserves qu'à propos de l'exclusivité. Si l'article du publicateur est dirigé spécialement contre l'annonce, son auteur engage sa responsabilité et le contrat peut-être résilié.

M. Feltaine lui-même dit que le publicateur doit exercer son droit de critique « avec bonne foi (1) », et il cite le cas suivant : « Une grosse maison financière avait traité avec « un journal pour la publication d'annonces. Le journal « devait publier de très nombreux articles et des études « pour le lancement d'actions industrielles. La publication « fut faite, certes, mais à chaque annonce répondit un « article de fond du journal en sens opposé, et la campagne fut menée par le journal avec une telle ardeur « que la publicité fut perdue. Les Tribunaux refusèrent la « résolution du contrat (2) ».

M. Feltaine le regrette et nous sommes pleinement de son avis, pour les mêmes raisons que nous avons citées à propos de l'exclusivité, à savoir, principalement, que l'objet du contrat est l'industrie du publicateur en vue de la réalisation d'un acte de publicité et que le publicateur n'a rempli son obligation que dans la mesure où cet acte de publicité a été réalisé.

SECTION II

OBLIGATIONS DE L'ANNONCEUR

L'annonceur doit : 1^o fournir au publicateur les indications nécessaires à la parution de l'annonce ; 2^o Payer le prix convenu.

1. Feltaine, p. 118.

2. *Le contrat de publicité* par Feltaine, dans la *Publicité moderne*, févr. 1907.

1° FOURNIR LES INDICATIONS NÉCESSAIRES

Dans le contrat d'entreprise le maître doit faire tout ce qui dépend de lui pour que le locateur puisse accomplir l'ouvrage dont il l'a chargé.

Or, dans le contrat de publicité, le publicateur ne saurait matériellement remplir sa tâche, si aucune indication ne lui est donnée, si le texte de l'annonce ne lui est pas fourni, s'il n'a pas reçu le cliché à insérer.

Selon M. Feltaine, cette obligation n'est pas une obligation au sens juridique du mot, mais seulement une nécessité de fait.

Si elle fait défaut, le contrat devient caduc : « Il ne « serait même pas besoin d'en demander la résolution ; la « convention tomberait d'elle-même (1) ».

A notre sens, il y a là une véritable obligation juridique. L'annonceur ne l'a pas formellement promise ; elle n'est pas inscrite dans le contrat, mais elle est sous-entendue.

Si l'annonceur, le contrat conclu, refuse de donner au publicateur la possibilité de l'exécuter il est en faute. Et le publicateur qui est prêt à tenir ses engagements mais qui ne peut le faire par suite du mauvais vouloir de son co contractant a le droit de demander la résiliation du contrat, par application de l'article 1184 du Code Civil. Il obtiendra en outre des dommages-intérêts qui, étant calculés d'après le bénéfice qu'il escomptait retirer du contrat pourront atteindre la somme même que l'annonceur s'était engagé à déboursier.

Le Code des usages de la publicité (Art. 11) propose une autre solution : « Le client est tenu de remettre en

1. Feltaine, p. 127.

« temps utile, ses textes et clichés à insérer. A défaut, « l'organe peut, après une mise en demeure restée sans « effet, insérer simplement à l'emplacement de cette publi- « cité, une formule générale telle que : le nom et l'adresse « du client ou le nom de la spécialité ou de la marque pré- « cédés ou non de la mention « emplacement réservé à... ».

« La publicité ainsi faite a toute la valeur de celle pré- vue au contrat ».

Cette solution est contraire aux principes juridiques. Le publicateur qui s'est engagé à faire paraître un cliché d'annonces ne peut pas être considéré comme ayant tenu sa promesse s'il s'est borné à mentionner dans sa feuille que tel emplacement est réservé à son client. Certes l'annonceur est en faute, mais ce n'est pas une raison suffisante pour permettre au publicateur de fournir une prestation autre que la prestation promise (1).

Son droit se borne à faire constater la carence de son co-contractant, à l'obliger à s'exécuter ou à demander la résiliation du contrat et à obtenir des dommages intérêts qui peuvent être très importants.

Dans notre hypothèse nous supposons qu'il y a de la part de l'annonceur un *refus catégorique* de fournir les éléments nécessaires à la parution de l'annonce.

C'est bien le cas prévu par le Code des usages puisque celui-ci ne permet au publicateur d'agir ainsi qu'après une « mise en demeure ».

Supposons maintenant que l'annonceur ait simplement fourni en retard le cliché ou le texte d'une annonce, devant paraître à une date fixée au contrat.

Evidemment l'annonceur est en faute.

1. M. Albucher (p. 37) désapprouve également la solution donnée par le Code des usages.

Mais s'il n'y a pas de différence appréciable entre la parution d'une annonce tel jour plutôt que tel autre, et s'il n'en résulte pas de gros inconvénients pour le publicateur, celui-ci aurait mauvaise grâce à demander la résiliation du contrat, du fait du retard de l'annonceur.

Or, le Code des usages semble indiquer que la date des insertions n'est pas d'une importance essentielle puisqu'il décide que, sauf stipulations expresses, elle n'est pas garantie (art. 8) et d'autre part qu'une annonce omise par le publicateur peut être remplacée dans le délai minimum exigé pour l'impression (art. 1153).

Aussi donc, si par sa faute l'annonceur a empêché le publicateur de faire paraître l'annonce au jour fixé, ce dernier pourra la faire paraître dans un numéro ultérieur si toutefois la chose est compatible avec le caractère de l'annonce. Etant donné le peu d'importance que le publicateur attache à la date des insertions, celui-ci serait mal fondé à demander la résiliation d'un contrat, du fait d'un simple retard de l'annonceur, alors que ce retard ne le gêne aucunement.

2^o PAYER LE PRIX

L'annonceur doit payer le prix fixé au contrat.

En l'absence de conventions à ce sujet ou d'usages constants, l'annonce ne doit pas être considérée comme un service gratuit (1).

Le publicateur, en général, est un professionnel; au moins, il compte sur le produit des annonces de sa feuille pour couvrir une partie importante de ses frais. Quand il

1. Feltaine, p. 128; Duplât, p. 97; Albucher, p. 35.

insère une annonce il n'entend donc pas, normalement, faire un acte de bienfaisance; aussi l'annonceur lui doit-il une rémunération à moins qu'il ne prouve qu'il a obtenu la faveur d'une insertion gratuite (1).

Le tarif que l'on appliquera sera le tarif habituel du journal (2).

Les parties sont libres de fixer le prix comme elles l'entendent (3). Tantôt elles l'indiqueront dans le contrat, tantôt elles se référeront simplement à un tarif préétabli, tantôt elles accepteront tacitement le tarif habituel du journal.

En tous cas un changement dans les tarifs, survenant pendant la période d'exécution d'un contrat ne peut, en aucun cas s'être invoqué en vue de modifier les conditions de ce contrat (4).

Le prix peut être forfaitaire et valoir pour un nombre d'insertions laissé à l'appréciation de l'annonceur. Dans ce cas, le prix est entièrement dû, même si l'annonceur n'a utilisé qu'une faible partie de ses droits (5).

Mais ordinairement le contrat est successif et le prix correspond à un nombre déterminé d'insertions. A quel moment le prix est-il dû ?

Deux systèmes sont en présence. Selon M. Feltaine le prix est dû, une fois l'insertion faite (6). Ce mode de

1. Trib. Com. Lyon, 20 déc. 1873. *Le Droit*, 18 avril 1874.

2. Trib. Com. Toulouse, 17 fév. 1903. *La Loi*, 23 avr. 1903.

3. Nous supposons que le Contrat de publicité n'est pas l'accessoire d'un contrat de mandat (*supra* p. 115.) Sinon, malgré le prix convenu, le juge pourrait apprécier si la rémunération du publicateur-mandataire est convenable et la modifier le cas échéant. Trib. Paix. Paris, 10 oct. 1901. *Mon. Just. Paix*, 1902. 23.

4. Trib. Com. Seine, 14 oct. 1886. *Jour. Trib. Com.* 1888, p. 100; Code des usages art. 7.

5. Lyon 12 juin 1897 *Mon. jud. Lyon*, 11 déc 1897.

6. Feltaine, p. 129.

paiement, dit « sur justification », a l'avantage de permettre à l'annonceur de vérifier si les ordres donnés ont été convenablement exécutés. Mais en revanche, il ne donne au publicateur aucune garantie.

Aussi un jugement de tribunal de Commerce de Marseille estime que le prix doit être payé d'avance : « attendu « que le journal en acceptant des publications contracte « une obligation de faire, mais que l'annonce n'étant pas « une marchandise sur laquelle le vendeur puisse exercer un droit de revendication, il s'ensuit que pour « s'assurer d'être payé le journaliste a le droit de réclamer d'avance le prix de ses publications (1) » Le jugement ajoute que c'est un « usage constant », ce qui est assez douteux.

Le Code des usages article 12 § 3 adopte une solution moyenne, à laquelle nous nous rallions volontiers : « Le « paiement de la publicité est dû en principe à la commande. Toute fois, en présence de garanties estimées « suffisantes par l'organe, la publicité se paye sur justification ».

En principe le prix est fixé en argent. Mais nous avons vu que parfois l'annonceur avait la possibilité de se libérer en nature.

Dans ce cas, si ce dernier refuse de fournir l'objet promis, le publicateur peut l'obliger à payer soit le prix en argent fixé au contrat, soit la somme correspondant à la publicité effectuée par application du tarif du journal (2).

Mais nous avons vu également que la prestation promise par l'annonceur pouvait être non plus un prix d'ar-

1. Trib. Com. Marseille, 23 fév. 1903. *Le Droit*, 15 mars 1903.

2. Trib. Com. Toulouse, 17 fév. 1903. *La Loi*, 23 avril 1903. Trib. Com. Cette 15 déc. 1906. *Mon. du Midi* 10 fév. 1907.

gent avec faculté de libération en nature, mais un objet ou des services rendus etc... nous avons dit que dans ce cas, le contrat était innommé.

Si l'annonceur a formellement promis un objet, il ne peut se libérer en offrant un équivalent en argent (1).

1. Trib. Com. Seine 25 juin 1889. *La Loi*, 17 juillet 1889 : il s'agissait de billets de théâtre, l'annonceur avait promis un certain nombre de billets en échange de la publicité effectuée. Or, le prix des places ayant été sensiblement augmenté, l'annonceur prétendait se libérer en payant au publicateur la valeur en argent des billets à l'époque de la conclusion du contrat. Le tribunal a refusé.

CHAPITRE V

L'INTUITUS PERSONNAE ET SES CONSÉQUENCES

Le Contrat de publicité est-il conclu en considération de la personne de l'annonceur et de celle du publicateur ?

Ou bien est-il indifférent à l'une ou l'autre de ces parties de traiter avec n'importe quel co-contractant ?

Afin d'éviter toute équivoque, précisons bien ce que nous entendons par « personne ». Quand nous disons que le Contrat de publicité est conclu en considération de la personne du publicateur, cela signifie que l'annonceur désire voir son annonce paraître dans la feuille qu'exploite le publicateur et non dans une autre. Inversement, si le contrat est conclu en considération de la personne de l'annonceur, cela veut dire que le publicateur a en vue la firme ou la marque qui sera l'objet de l'annonce.

Mais il ne faut pas en déduire que les parties au contrat de publicité sont les firmes ou les journaux. A moins qu'il ne s'agisse de sociétés anonymes, le contrat de publicité est conclu par des personnes physiques et en leur propre nom. Seulement, quand nous disons qu'un contrat de publicité a été conclu *intuitu personæ* entre X. et Y. nous entendons par là que X. veut que son annonce paraisse dans le *journal* exploité par Y. et que Y. entend annoncer les *produits* de X.

A l'égard du publicateur, la question de *l'intuitus personæ* est facile à résoudre. Avant d'envoyer son annonce au journal, le commerçant a fait un choix ; il a tenu compte du public auquel il s'adressait, de l'estime plus ou moins grande où le tenaient ses lecteurs. Le publicateur ne saurait donc se substituer un tiers dans l'exécution du contrat, comme le ferait un mandataire, ni publier l'annonce dans un organe autre que celui qui a été désigné par l'annonceur (1).

A l'égard de l'annonceur, la question est plus délicate. Selon M. Feltaine le contrat de publicité n'est point conclu en considération de la personne de l'annonceur : « il importe peu, le plus souvent au publicateur, dit-il, « de faire une réclame pour une personne plutôt que « pour telle autre (2) ».

Nous ne sommes pas de cet avis. L'opinion de M. Feltaine nous apparaît comme une conséquence de la théorie du *journal mur*, répudiée par tous, même par M. Feltaine. Si l'on admet cette théorie, le publicateur peut se désintéresser complètement des annonces qui sont insérées dans son organe ; il lui est indifférent qu'elles lui viennent de l'un ou de l'autre ; il est irresponsable des délits qu'on peut commettre en utilisant sa feuille. Si l'on adopte, au contraire, la théorie du louage d'industrie, le publicateur apparaît plutôt comme un collaborateur de l'annonceur.

Naguère les journaux se contentaient d'insérer pêle-mêle les annonces de leurs clients ; aujourd'hui ils ten-

1. Feltaine, p. 116, Albucher, p. 11 ; Lyon, 9 mai 1906. *Mon. Jud.* Lyon, 24 janv. 1907 ; Trib. Féd. Suisse, 10 déc. 1897, *Ann. Dr. Com.*, 1899, p. 250.

2. Feltaine, *loc. cit.*, et dans *La Publicité moderne*, fév. 1907.

dent, de plus en plus, à organiser leurs pages de publicité et à les rendre plus productrices. Les techniciens de la publicité dont l'utilité est justement de savoir tirer parti des emplacements sont considérés comme indispensables au bon rendement d'une campagne de publicité. Or, il n'est pas rare qu'ils opèrent pour le compte d'un publicateur : ils choisissent les annonces qui leur conviennent, en conformité avec le ton de l'organe et le caractère général de sa clientèle, et les disposent de façon que les annonceurs en obtiennent un meilleur rendement.

Telle est la tendance de la Presse actuelle : elle n'est possible que si l'on admet le principe de l'*intuitus personæ* à l'égard de l'annonceur avec ses conséquences, notamment : 1^o l'interdiction faite à l'annonceur de céder son droit à un tiers et, par ce fait, d'obliger le publicateur à insérer des annonces contre son gré ; 2^o le droit accordé au publicateur de refuser les annonces qui ne lui plaisent pas.

Il y a une autre tendance. Pendant trop longtemps les journaux se sont désintéressés du contenu des annonces qu'ils publiaient. Aujourd'hui ils ont compris que leur intérêt était d'augmenter la valeur morale de leurs pages de publicité en sélectionnant les annonces à insérer. Commencé dans la presse technique et les revues professionnelles, le mouvement atteint maintenant la grande presse. Nos journaux, il est vrai, ne se portent pas garants de la sincérité et de l'honnêteté de leurs annonces, à l'instar de certains de leurs confrères américains. Mais ils tendent, au moins, à placer leurs annonces sous leur patronage, et à les recommander à leurs lecteurs. Un technicien de la publicité peut dire aujourd'hui aux annonceurs : « Le journal industriel vous donne autre chose

« qu'une clientèle dont la réceptivité est harmonisée par
« lui à vos offres. Il vous accorde tacitement, mais effec-
« tivement, son patronage. Cette question du patronage
« du journal est d'une importance considérable, d'abord
« par les effets qu'elle provoque, ensuite, parce qu'elle se
« mesure, de toute évidence, à la renommée de l'organe
« présentant votre proposition publicitaire (1) ».

Cette tendance de la presse est certainement louable. Elle n'est qu'à son début, mais elle existe. Or, elle n'est compatible qu'avec le principe de la liberté absolue du publicateur, qui accepte et refuse les annonces à son gré et à qui il n'est pas indifférent d'insérer telle annonce plutôt que telle autre.

Nous allons examiner maintenant les conséquences de ce principe, qu'il importait, avant tout, de dégager : 1° L'annonceur ne peut céder son droit à un tiers ; 2° Le publicateur peut librement refuser les annonces qui lui déplaisent ; 3° En revanche, il est tenu d'insérer gratuitement la réponse à une annonce injurieuse publiée dans sa feuille ; 4° Il est responsable dans une certaine mesure du contenu des annonces insérées.

§ 1. — La cession à un tiers du droit de l'annonceur.

Au début du présent chapitre nous avons déjà signalé cette première conséquence de notre théorie. Nous avons dit que nous ne pensions pas qu'il était indifférent au publicateur d'insérer telle annonce aussi bien que telle autre. Si le journal, en effet, veut organiser ses pages de

publicité, conserver son indépendance et mériter la confiance de ses lecteurs, il importe qu'il soit maître de ses colonnes et que ses annonceurs ne puissent lui imposer des réclames dont l'insertion est contraire à sa ligne de conduite.

En particulier quand il s'agit de « publicité rédactionnelle », il n'est pas possible que le publicateur puisse s'en désintéresser au point d'en ignorer le contenu.

L'annonceur ne peut donc pas transmettre à un tiers le bénéfice de son contrat sans l'assentiment du publicateur. Ceci est du reste conforme du droit commun qui interdit la cession de dettes et par conséquent la transmission des contrats synallagmatiques.

Mais nous pensons également que si les parties ont manifestement entendu traiter en vue de l'insertion d'une annonce relative au commerce de l'annonceur, celui-ci ne peut pas obliger le publicateur à insérer des annonces d'une autre maison, quand bien même il lui en garantirait le paiement (1).

* * *

A propos de la cession du contrat de publicité une importante question exige quelques indications.

Quel est le sort du contrat de publicité au cas où l'annonceur cède son fonds de commerce à un tiers ?

D'abord il est admis qu'un fonds de commerce n'est pas, comme une succession, une universalité de droit, *universitas juris*. C'est une universalité de fait, une réunion d'objets corporels groupés par l'emploi commun auquel ils

1. Lyon-Caen et Renault, III, 245 bis ; Aubry et Rau, II, § 236-2°, p. 740, note 5 ; Lèbre, *Traité des fonds de commerce*, n° 2.

sont consacrés, mais susceptibles d'être séparés les uns des autres.

En conséquence les créances et les dettes nées de l'exploitation ne sont pas comprises dans la cession du fonds (1). En particulier les contrats de publicité conclus par le cédant ne sont pas de plein droit, transmis au cessionnaire.

Mais l'annonceur qui a cédé son fonds n'a plus besoin de faire de publicité. Aussi aura-t-il soin de transmettre à son cessionnaire les contrats de publicité conclus par lui.

En droit strict, la chose est possible, à condition toutefois que le publicateur accepte ce changement de co-contractant. Le contrat de publicité comme tous les contrats synallagmatiques, donne à chacune des parties, la double qualité de créancier et de débiteur: l'annonceur est créancier de l'industrie promise par le publicateur et il est débiteur du prix. En transmettant à un tiers l'ensemble du contrat, avec acceptation du publicateur, il se produit à la fois, pour la créance, une cession de créance, et pour la dette une délégation (2).

Mais la jurisprudence a été plus loin. A propos de contrats de marchandises à livrer, sans s'embarrasser de controverses théoriques, les tribunaux ont admis que le cédant d'un fonds de commerce pouvait les transmettre à son cessionnaire, quand ils avaient été conclus dans l'intérêt du fonds (3). En appliquant aux contrats de publicité le point de vue de la jurisprudence, on doit admettre que le publicateur est tenu de continuer à insérer les annonces

1. Boutaud et Chabrol, *Traité général des fonds de Commerce*, n° 108 et suiv.

2. Boutaud et Chabrol, *op. cit.*, n° 111 en note.

3. D. *Rép. prat.*, v° *Fonds de Commerce*, n° 64 et les références.

après que son co-contractant a cédé son fonds de commerce, tant que le cessionnaire offre d'en payer le prix. Il ne peut pas alléguer qu'il a traité avec le cédant et qu'il ne connaît que lui.

En pratique le publicateur accepte volontiers la transmission du contrat. Souvent même une clause du contrat de publicité, est insérée, stipulant que l'annonceur, au cas où il céderait son fonds, s'engage à le faire prendre en charge par le cessionnaire. Cette clause vaut évidemment comme une acceptation préalable du publicateur.

Un point est encore à préciser, pour éviter toute équivoque. Nous disons que le contrat de publicité est conclu *intuitu personæ* à l'égard de l'annonceur. Or les contrats de ce genre ne peuvent pas être transmis par l'une des parties sans le consentement de l'autre ; la jurisprudence ne manque pas de faire une exception en leur faveur (1). Mais justement, au début de ce chapitre, nous avons indiqué que si le contrat de publicité était conclu en considération de la personne de l'annonceur, c'était parce qu'il n'était pas indifférent au publicateur de publier l'annonce de telle maison plutôt que de telle autre. Or, dans notre hypothèse, l'annonce à insérer, en principe, ne change pas, puisque le nouvel annonceur continue l'exploitation commerciale de l'ancien. *L'intuitu personæ*, tel que nous le concevons dans les contrats de publicité ne met donc pas obstacle à la transmission du contrat

Complétons ces indications en examinant la situation inverse, celle où le publicateur cède son journal à un tiers. Ce dernier est-il tenu d'exécuter les contrats passés par le cédant ? En principe, non : la cession du fonds de com-

1. D. Rép. prat. éod. vº, nº 65.

merce constitué par l'exploitation du journal n'opère pas la transmission des contrats conclus par le cédant. Mais celui-ci reste obligé malgré la cession. Aussi ne manquera-t-il pas d'obliger le cessionnaire à prendre à sa charge l'exécution des contrats conclus par lui. Dans ce cas les annonceurs sont-ils tenus d'accepter le nouveau publicateur ?

La jurisprudence citée plus haut l'admet, à moins cependant que le contrat n'ait été conclu en raison des qualités personnelles du publicateur, par exemple si celui joue dans la direction d'un journal politique un rôle tel que, sans lui, le journal risque de perdre toute son importance.

§ 2. — Le droit de refuser les annonces

Le publicateur a-t-il le droit de refuser d'insérer une annonce ? Nous supposons qu'aucun contrat n'a été conclu entre le particulier qui désire faire paraître son annonce et le publicateur. La question peut donc être également ainsi posée : le publicateur a-t-il toute sa liberté pour accepter ou refuser de traiter avec les tiers qui veulent se servir de son journal pour faire leur publicité.

On doit en principe, répondre par l'affirmative. Il n'existe aucune disposition d'ordre public obligeant un journal à se mettre à la disposition des tiers pour publier leurs annonces.

Il y a cependant une grosse difficulté. Par la publication de ses tarifs de publicité, soit dans ses colonnes soit dans des prospectus, soit dans des annuaires, le journal n'est-il pas en état de pollicitation permanente vis-à-vis des annonceurs ? N'y a-t-il pas proposition de marché à conclure et

offre de contracter ? Ne sommes-nous pas en présence d'un *contrat d'adhésion* ? Quand le publicateur fait connaître ses tarifs de publicité, il offre à tous, ses services pour l'insertion des annonces qu'on voudra bien lui confier. Et, si un particulier accepte l'offre, il y a accord de volonté : le contrat de publicité est conclu. Le publicateur dès qu'il a reçu de l'annonceur l'acceptation de l'offre qu'il avait faite, est tenu : il ne peut plus revenir sur sa décision.

Ainsi donc par le fait qu'il a publié les conditions essentielles dans lesquelles il compte traiter et en particulier ses tarifs, le publicateur perd toute liberté de choisir les annonces qu'insérera sa feuille. Tel est le principe qui est à la base de la théorie admise par MM. Feltaine et Duplat (1).

Ces auteurs cependant, sont amenés à faire quelques restrictions. D'abord si l'annonce est de nature à entraîner des poursuites civiles ou pénales, il est hors de doute que le publicateur ne peut être tenu de les insérer (2). Mais il faut aller plus loin et admettre que le publicateur peut refuser d'agréer les annonces présentées, toutes les fois que son refus a une cause légitime. Cette restriction est indispensable à l'application de la théorie des contrats d'adhésion : si un individu a fait une offre à des personnes indéterminées et si l'une d'elles a accepté, le contrat est formé, *à moins qu'il n'y ait une réserve tacite de la part du pollicitant*.

Tout le monde est d'accord à ce sujet. « Supposons un « journal « de combat » bien connu pour son hostilité à « à toutes les manifestations religieuses dit M. Feltaine,

1. Feltaine, p. 125; Duplat, p. 93.

2. Duplat, *loc. cit.*; Fabreguettes, II, p. 136 n° 175, en note; Trib. Com. Bruxelles, 13 avril 1893, *Pas. belge*, 1893, III, 201.

« il plait à un éditeur ou un fabricant de lui envoyer
« des annonces pour la mise en vente d'un livre ou d'un
« objet de piété, pourrait-on raisonnablement soutenir que
« le publicateur devra les insérer ? Nous ne le croyons
« pas (1). »

A notre sens, il ne faut pas s'arrêter là : il est nécessaire d'accorder au publicateur une liberté absolue pour le choix des annonces de sa feuille.

Nous avons signalé au début de ce chapitre la double tendance de la presse actuelle ; organisation des pages d'annonces en vue d'un meilleur rendement de la publicité ; garantie morale des annonces accordée par le publicateur vis-à-vis des lecteurs.

Nous avons conclu qu'il n'était pas indifférent au publicateur de publier telle annonce aussi bien que telle autre. Comment admettre dans ces conditions qu'il soit obligé de traiter avec des tiers, malgré lui ?

On dira qu'il lui suffit d'avoir le droit de refuser de traiter dans la mesure où son offre comporte une réserve tacite. Ce n'est point suffisant : pourquoi ne pas laisser au publicateur, au moment où l'annonceur se présente pour conclure le contrat, le soin de décider si l'annonce lui convient ou est contraire au ton de son journal ?

Cette solution est parfaitement juridique, si l'on veut bien se rappeler que le contrat de publicité par la presse est conclu *intuitu personæ* à l'égard de l'annonceur, comme nous l'avons montré au début de ce chapitre : « Lorsque le contrat projeté dit M. Valery, est un de ceux
« qui se forment *intuitu personæ*... la formation de la
« convention suppose que les deux parties se connaissent
« ou, du moins, que chacune d'elles sait, au moment où

1. Feltaine, *loc. cit.*

« son consentement définitif se produit, avec qui elle traite ;
 « la formation du contrat dépend donc de cette condition
 « que la *personne* de l'acceptant conviendra au propo-
 « sant (1) »

Il est admis aujourd'hui que les contrats qui se font *intuitu personæ* ne peuvent se former par la simple adhésion à une offre censée faite à tous.

Il y aurait contradiction si l'on admettait que le contrat de publicité est conclu en considération de la personne de l'annonceur, et si l'on considérait la publication des tarifs comme une offre faite à tous, susceptible d'entraîner la formation d'un contrat par la simple acceptation formulée par le premier venu.

Nous pensons au contraire que la publication des tarifs ne réalise pas l'offre mais n'est qu'une simple invitation à faire des offres. Ceci est d'autant plus vraisemblable qu'elle ne contient pas tous les éléments du contrat mais une simple indication du prix.

Cette thèse semble aujourd'hui admise par la jurisprudence. Plus exactement, les tribunaux, sans préciser, que le publicateur n'est pas en état de pollicitation permanente, et que le contrat est conclu *intuitu personæ* accordent au publicateur le droit de refuser les annonces, non seulement quand il a un motif sérieux, mais d'une façon absolue. Ils invoquent d'autres arguments, tels que l'indépendance et la dignité nécessaires à la direction d'un journal, la liberté du Commerce, les préoccupations professionnelles du publicateur et même sa responsabilité morale vis-à-vis des lecteurs (2).

1. J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, Paris, 1895, n° 231.

2. Trib. Com. Amiens, 20 juil. 1921, *La loi*, 1^{er} fév. 1921 ; Trib. Civ. Seine, 31 mars 1843. *Gaz. Trib.* 1^{er} avr. 1843 ; Trib. Com. Seine.

Ces difficultés disparaîtront si le publicateur joint à ses tarifs un avis lui réservant son droit de contrôle sur les annonces apportées. Cette clause sert à éviter des contestations : à notre sens, elle ne fait que renforcer le droit du publicateur.

Elle est licite. Cependant, on l'a contesté, à la suite d'un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine, infirmé du reste par la Cour de Paris. A une époque où la publicité de tous les grands journaux étaient entre les mains d'un petit nombre d'agences, on avait craint qu'il n'y eut un monopole de fait (1).

Aujourd'hui tout le monde admet la validité de la clause par laquelle le publicateur se réserve le droit de contrôler les annonces qu'on lui confie (2). Quand à nous, nous admettons même qu'elle est toujours sous-entendue.

§ III. — Le droit de réponse à une annonce

Nous n'avons pas ici à étudier entièrement la question du droit de réponse dans la presse, mais simplement ses rapports avec le contrat de publicité.

Quand le publicateur a inséré une annonce, qui, si elle eut été un article émanant d'un rédacteur du journal, eut

30 nov. 1866. D. P. 1866. 3. 112 ; Barbier, *Code expliqué de la Presse*, t. I, n° 138 ; Fabreguettes, II, n° 202, p. 219 en note ; A. Boullanger, note sous *Sir* 1868.2.33, Grattier ; *Commentaire sur les Lois de la presse*, t. II, notes additionnelles, p. 515.

Estimé qu'il, n'y avait pas pollicitation permanente de la part du publicateur Trib. Com. Bruxelles, 10 fév. 1897. *Pasic. belge* 1897, III, 175 ; Sauret, *De la responsabilité des Journaux en matière d'annonces*, Paris, Thèse 1904, p. 59.

1. Paris, 18 août 1867, *Sir.* 1868.2.33 et les conclusions de l'avocat général.

2. Trib. civ. Seine, 19 avril 1872 ; *Le Droit*, 18 mars 1872 ; Fabreguettes, II, p. 136, n° 175 en note ; Sauret, *op. cit.*, p. 59.

entraîné l'exercice du droit de réponse est-il tenu de publier la réponse de la personne visée dans l'annonce? Nous répondrons par l'affirmative : le publicateur est tenu d'insérer la réponse à une annonce dans les mêmes conditions que la réponse à un article.

Cette solution est communément admise, et, comme nous allons le voir, on la donne généralement comme conséquence de la liberté accordée au publicateur de n'insérer que les annonces à sa convenance.

Mais d'abord, remarquons que l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 est conçu en termes généraux : « Le gérant « sera tenu d'insérer dans les trois jours de leur réception « ou dans le plus prochain numéro les réponses de toute « personne nommée ou désignée *dans le journal ou écrit* « *périodique* (1)... »

Ainsi la loi ne fait aucune distinction entre les écrits émanant des rédacteurs du journal et ceux qui proviennent des tiers : dès qu'ils sont insérés dans la feuille, ils donnent lieu à l'exercice du droit de réponse.

Mais cela n'est pas tout à fait exact. D'après les auteurs et la jurisprudence il ne suffit pas que l'article contenant la désignation de la personne soit contenu dans la feuille, *il faut encore qu'il ait été inséré librement par le publicateur.*

Et les auteurs et les arrêts ne manquent jamais pour justifier l'exercice du droit de réponse à une annonce, de spécifier soigneusement que si le publicateur est tenu d'insérer gratuitement la réponse, c'est parce qu'il a accepté librement de publier l'annonce et que « le journal s'ap-

1. Avant la loi de 1881, la loi du 25 mars 1822 employait des expressions identiques. Cela explique la jurisprudence antérieure à la Loi de 1881.

« propre l'œuvre, du moment où il la publie sans y être
« obligé (1). »

La publication d'une annonce judiciaire, au contraire ou la publication d'un jugement ordonné par le tribunal ne donneraient pas lieu au droit de réponse (2).

L'application aux annonces de l'exercice du droit de réponse est bien une conséquence de l'*intuitus personae* du contrat de publicité, puisqu'elle résulte du libre choix de l'annonceur par le pubicteur.

§ IV. — La responsabilité du pubicteur

Nous ne pouvons dans cette étude, examiner les cas où la responsabilité civile ou pénale du pubicteur est engagée, en dehors du contrat (3).

Nous supposons qu'une annonce a donné lieu à des poursuites contre son auteur, ou qu'elle a été la cause d'un préjudice subi par un tiers.

Nous ne nous demandons pas dans quels cas, l'annonce est susceptible d'entraîner la répression et dans quels cas le préjudice causé par elle donne lieu à réparation.

Nous nous contentons, au point de vue pénal comme au point de vue civil, de dégager le principe qui doit

1. Barbier, *op. cit.*, t. I, n° 138; Fabreguettes, II, n° 185, p. 172; Dutruc, *Explication pratique de la loi du 29 juill. 1881*, n° 75; Le Poittevin, *Traité de la Presse*, 1.200; Feltaine, p. 130; Duplat, p. 339; J. Jaubert, *Le droit de réponse en matière de presse*, p. 93; Cas. 12 juil. 1884. D. P. 1886.1.47; Rennes, 13 et 20 nov. 1889, *Gaz. Trib.* 12 déc. 1889; Cas., 10 nov. 1911, *Rec. Rouen*, 1912.43.

2. Amiens, 11 fév. 1864. *D. Jur. gén. suppl.* V° *Presse outrage*, n° 302.

3. L'intéressante question de la responsabilité du pubicteur a été soigneusement traitée dans l'ouvrage précité de M. Sauret auquel nous avons emprunté plusieurs passages.

déterminer la responsabilité du publicateur qui a accepté l'annonce.

1° RESPONSABILITÉ PÉNALE

Laissons de côté les cas où la simple publication d'une annonce contraire à la loi entraîne *ipso facto* la responsabilité du publicateur : annonces de remèdes secrets, de loteries, de propagande anti-conceptionnelle, etc... La responsabilité du publicateur est inscrite dans la loi : elle ne donne lieu à aucune difficulté.

Supposons au contraire qu'une annonce entraîne des poursuites contre son auteur, pour escroquerie ou outrage aux bonnes moeurs.

Le publicateur sera-t-il l'objet de ces mêmes poursuites ? En principe oui, il est le complice de l'auteur de l'annonceur. Il n'est pas douteux qu'il a préparé ou facilité le délit.

Mais en fait, le publicateur alléguera qu'il a inséré l'annonce sans se rendre compte de son caractère délicieux, qu'il lui est impossible de contrôler efficacement toutes les annonces qu'il publie. Que valent ces raisons ? On ne peut évidemment rendre le publicateur responsable, de toutes les escroqueries qui se commettent par la voie de son journal. Mais dans le cas où l'escroquerie ou l'outrage aux moeurs sautent aux yeux, ou même peuvent être facilement dévoilés, le publicateur ne doit pas pouvoir alléguer qu'il ne contrôle pas habituellement ses annonces et encore moins que ses pages de publicité sont un « mur » où il affiche ce qui lui plaît. La jurisprudence est lente à se décider dans le sens de la responsabilité.

Nous avons signalé, au début de ce chapitre, une tendance de la presse à recommander ses annonceurs à ses lecteurs. Si certains journaux cherchent honnêtement à avoir la confiance de leurs lecteurs, pour en faire profiter leurs annonceurs, il ne faut pas que d'autres abusent de cette confiance.

Enfin notre point de vue est conforme à la théorie de *l'Intuitus personae* : Le publicateur est libre de choisir ses annonceurs et il les choisit en considération de leur personne. C'est parce qu'il a le droit de faire ce choix et que son intérêt est d'en profiter qu'il ne peut alléguer son ignorance ou sa bonne foi quand un délit est commis par la voie de son journal.

2° RESPONSABILITÉ CIVILE

Pour qu'une annonce puisse entraîner la responsabilité civile du publicateur, le tiers qui a subi le préjudice doit prouver trois choses. D'abord qu'il a subi un préjudice, ensuite qu'il y a faute de la part du publicateur et enfin qu'il y a un rapport de cause à effet entre la faute et le préjudice.

Ce rapport de cause à effet sera souvent si difficile à démontrer qu'en fait, le publicateur est rarement tenu à réparation. A ce sujet, disons simplement que l'annonce proprement dite n'engage pas souvent la responsabilité du publicateur, en raison de son caractère même : le lecteur sait bien qu'elle n'émane pas de la direction du journal. La réclame, au contraire, sous forme d'article, peut donner lieu à réparation, surtout si elle contient des conseils bien ouverts, des affirmations, des précisions, des études sérieuses et documentées. Le tiers dans ce cas

aura plus de facilité pour prouver le rapport de causalité.

Mais quand le publicateur sera-t-il en faute ? « On ne
 « peut évidemment exiger de lui qu'il se porte garant de
 « l'efficacité des pilules X : en insérant cette annonce, le
 « journal se borne à jouer son rôle d'intermédiaire, mais
 « lorsque la réclame est signée du nom d'un rédacteur
 « ou que, ne portant pas de signature, elle semble
 « émaner de la direction, le journal semble la faire
 « sienne, le lecteur confiant dans l'opinion qui semble
 « être l'opinion désintéressée du journal pourra être
 « trompé. Le journal aura commis une faute ou une
 « imprudence en ne vérifiant pas les renseignements qu'il
 « donnait à ses lecteurs et on pourra lui demander répa-
 « ration de cette faute (1) ».

Là, encore, le publicateur ne pourra alléguer son ignorance du contenu des annonces publiées par lui. Nous faisons à ce sujet les mêmes remarques qu'à propos de la responsabilité pénale et nous estimons que la jurisprudence doit favoriser la tendance des journaux à contrôler leurs annonces et à les recommander à leurs lecteurs, en sévissant contre ceux qui continuent de considérer leurs pages de publicité comme un mur où l'on affiche n'importe quoi.

1. Sauret, *op. cit.*, p. 76.

CHAPITRE VI

FIN DU CONTRAT

Le contrat de publicité par la presse peut prendre fin de diverses manières, notamment par :

- 1° *Le consentement mutuel des parties ;*
- 2° *La Consolidation, c'est-à-dire l'acquisition par le preneur du périodique dans lequel doit paraître son annonce ;*
- 3° *L'événement d'une condition résolutoire ;*
- 4° *L'expiration du temps fixé ;*
- 5° *L'inexécution de ses engagements par l'une des parties ;*
- 6° *La faillite, la liquidation judiciaire de l'une des parties.* Ces événements, en principe, n'entraînent pas la résiliation du contrat, mais la provoquent souvent.
- 7° *La résiliation par la volonté unilatérale de l'annonceur.*

Ces quatre dernières causes seront étudiées respectivement dans quatre paragraphes.

Indiquons en outre que l'article 1793, stipulant que « le louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte et de l'entrepreneur » ne nous paraît pas applicable aux contrats de publicité.

Au chapitre précédent nous avons vu que ce contrat est conclu essentiellement *intuitu personae* à l'égard du publicateur. Mais en réalité, ce n'est point tant la per-

sonne physique du publicateur qui importe à l'annonceur. Celle-ci peut disparaître, pourvu que le journal continue d'être publié dans les mêmes conditions.

Mais si le journal vient à cesser d'exister, nous verrons au prochain paragraphe que le publicateur ne peut pas faire insérer l'annonce dans un autre périodique et que le contrat peut être résilié. Au contraire la mort du publicateur est sans influence sur le sort du contrat de publicité, à moins toutefois qu'elle ne soit la cause d'une modification profonde dans sa rédaction : tel est le cas, par exemple de certains journaux politiques qui ne doivent leur prospérité ou même leur existence qu'à la présence d'un journaliste de talent : celui-ci disparu, le journal perd son importance, le tirage diminue, et l'annonceur peut demander la résiliation de son contrat, non pas tant à cause de la mort du publicateur-journaliste, mais plutôt pour inexécution des engagements convenus (1).

§ 1^{er}. — L'expiration du temps fixé La tacite reconduction

Nous savons qu'un contrat de publicité n'est conclu pour une durée déterminée qu'en apparence et que les prestations promises par le publicateur sont en réalité la répétition, un nombre de fois donné d'un même fait, qui est l'insertion de l'annonce (2).

Le contrat prendra donc fin quand toutes les insertions promises auront eu lieu.

Le Code des Usages prévoit des contrats à durée indé-

1. *Supra*, p. 156.

2. *Supra*, p. 118.

terminée, ou plus exactement à un nombre d'insertions indéterminé : « Les ordres, dits à « contre-ordres » peuvent être résiliés par l'une ou l'autre des parties quand « bon leur semble, à charge par la partie qui y donne lieu « de prévenir l'autre partie dans les délais nécessaires et « spécialement, en ce qui concerne les journaux, dans les « délais minima exigés par leur mode d'impression ». Ces règles sur la résiliation et le délai d'usage dans les contrats à durée indéterminée sont conformes au droit commun (1).

Arrivé à expiration, le contrat de publicité est-il susceptible d'être continué par tacite reconduction ?

Certains auteurs admettent que si le louage d'ouvrage est successif, c'est-à-dire comportant un travail devant être accompli périodiquement, (c'est le cas des contrats de publicité) il peut être continué par tacite reconduction (2). Toutefois la durée du contrat primitif ne s'applique pas au nouveau contrat auquel chacune des parties peut mettre fin quand il lui convient (3).

M. Albucher n'admet pas l'application de la tacite reconduction aux contrats de publicité : un ordre formel de l'annonceur est nécessaire pour que le contrat puisse être continué (4).

Selon nous, la tacite reconduction est possible, mais si toutefois les conditions nécessaires à son existence sont remplies.

Le publicateur qui continue de faire paraître le cliché de son client, après l'expiration du terme doit prouver que

1. Dans ce sens : Trib. Com. Lyon, 12 déc. 1919. *Gaz. Com. Lyon*, 27 oct. 1920.

2. Baudry-La Cantinerie et Wahl, *Louage*, II. 4106 bis.

3. Trib. Com. Nantes, 1^{er} août 1900, *Rec. Nantes*, 1901.1.25.

4. Albucher, p. 17.

l'annonceur a accepté tacitement la formation d'un nouveau contrat.

Comme cette preuve sera souvent difficile, la solution de M. Albucher n'a d'autre défaut que d'être trop générale.

§ 2. — L'inexécution de ses engagements par l'une des parties

L'inexécution des clauses du contrat par l'une des parties autorise l'autre à demander la résiliation du contrat. Si l'impossibilité d'exécuter la Convention résulte d'une faute de l'une des parties, celle-ci peut être condamnée à des dommages intérêts. Si, au contraire, l'impossibilité provient d'un cas de force majeure, il n'y a lieu à aucun dédommagement. Nous avons déjà examiné toutes ces règles à propos des obligations des parties.

Parmi les cas fortuits qui empêchent la parution de l'annonce, citons la suppression du journal. Elle ne se présente plus guère qu'en temps de siège.

Si le journal a été supprimé sans qu'il y ait faute de sa part, par mesure préventive, par exemple les contrats de publicité sont résiliés purement et simplement (1). Mais si c'est la conduite du journal qui a provoqué la suppression, en ne tenant pas compte des avertissements multiples de l'autorité ou en publiant des articles devant nécessairement amener cette mesure, le publicateur est en faute, et peut être condamné à des dommages-intérêts (2).

1. Lyon, 23 avril 1874. D. P. 1875.2.37.

2. Paris, 25 juillet 1867. *Bull. Arr. Paris*, 1867, p. 580 ; Feltaine, p. 120.

§ 3. -- La faillite et la liquidation judiciaire

1^o FAILLITE DU PUBLICATEUR.

En principe la faillite du publicateur n'entraîne pas la résiliation du contrat de publicité.

Si le journal a continué de paraître, l'annonceur pourra mettre le syndic en demeure d'insérer l'annonce. Mais si le syndic refuse, ou si le journal a cessé d'exister, ou encore s'il a perdu son importance, le publicateur sera autorisé à demander la résiliation de son contrat (1).

Peut-il réclamer des dommages intérêts pour l'inexécution du contrat ? La jurisprudence refuse, en principe, à tout co-contractant de s'inscrire dans la faillite pour des dommages-intérêts de résiliation, en vertu d'un contrat synallagmatique encore inexécuté de son côté (2).

Mais cette solution est controversée (3).

2^o FAILLITE DE L'ANNONCEUR.

Les solutions sont les mêmes au cas où l'annonceur est déclaré en faillite. Le publicateur pourra exiger du syndic de prendre au nom de la masse le contrat à sa charge. Mais, en fait, le syndic préférera souvent faire résilier le contrat que de continuer à faire de la publicité pour une maison dont la vie commerciale est sérieusement menacée.

M. Albucher prétend que le contrat est résilié de plein droit, attendu qu'il a été conclu *intuitu personae*. (4) Mais

1. Albucher, p. 14.

2. Paris, 19 mai 1892. D. P. 1895. 2. 233.

3. Thaller, n^o 1989.

4. Albucher, p. 15.

si le contrat de publicité est conclu *intuitu personae* aussi bien vis à vis de l'annonceur que vis-à-vis du publicateur, ce n'est point tant à raison de leurs personnes physiques qu'à raison des entreprises qu'elles dirigent. Or, si au cas de faillite de l'annonceur, le syndic prétend continuer la publicité faite par la Maison, c'est toujours la même annonce qui doit être insérée et il n'y a aucun motif de résilier le contrat. La solution est la même en cas de faillite du publicateur, quand le syndic n'a pas cessé la publication du périodique.

§ 4. — La résiliation par la volonté unilatérale de l'annonceur

Aux termes de l'article 1794¹ du Code civil « Le maître peut résilier, par sa simple volonté, le marché à forfait quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise prise ».

Le contrat de publicité par la presse étant un contrat d'entreprise, l'application de cet article s'impose : l'annonceur peut, par sa simple volonté, résilier le contrat (1).

Cette solution est assez logique : « Il est incontestable, dit M. Albucher qu'on ne peut sous la réserve de justes indemnités, empêcher l'annonceur de régler à son gré sa campagne de prospection de clientèle. Il a, en général, un plan bien arrêté. Il cherche dans tous les cas à assurer la réputation de sérieux de sa maison (2) ».

1. Dans ce sens : Feltaine, p. 110 ; Albucher, p. 36 ; Duplat, p. 72 Bruxelles 25 mars 1896, *Pasic, belge*, 1896, III, 151. Trib. Com. Lyon, 10 décembre 1912, *Gaz. Com. Lyon*, 26 avril 1913. — *Contra* ; Code des Usages, art. 12.

2. Albucher, p. 36.

Mais il importe de bien préciser la portée de cette règle. Le droit exceptionnel et contraire au droit commun accordé à l'annonceur est tempéré par l'obligation de dédommager le publicateur non seulement de ses dépenses et de ses travaux, mais aussi de son manque à gagner.

Ce droit est donc essentiellement différent du droit de révoquer le mandataire, accordé au mandant par l'article 2004 du Code civil. Cette différence est nettement marquée dans un arrêt de la Cour de Bruxelles, qui examine soigneusement si le contrat de publicité est un mandat ou un louage d'ouvrage, adopte la seconde solution, et résilie le contrat selon l'article 1794 avec toutes ses conséquences (1).

La détermination du manque à gagner sera parfois difficile à établir. Du fait de circonstances économiques défavorables, ou plus simplement parce que la publicité de telle feuille est peu cotée, le publicateur ne sera pas en mesure d'obtenir de sa clientèle des ordres capables de remplacer l'annonce supprimée : dans ce cas le dédommagement sera susceptible d'atteindre la somme pour laquelle l'annonceur s'était engagé.

Ainsi comprise, la règle de l'article 1794 n'apporte pas une gêne bien considérable au publicateur et peut rendre à l'annonceur des services appréciables.

1. Bruxelles, 25 mars 1896, précité.

QUATRIÈME PARTIE

LES INTERMÉDIAIRES DE PUBLICITÉ

L'objet de cette quatrième partie sera l'étude d'une part de la situation juridique des intermédiaires de publicité et d'autre part des conventions qui les lient, soit avec l'annonceur, soit avec le publicateur ; les contrats d'affichage et les contrats de publicité par la presse étudiés précédemment, seront examinés avec la physionomie nouvelle qu'ils acquièrent du fait de la présence de l'intermédiaire.

A plusieurs reprises nous avons signalé l'importance du rôle joué par les intermédiaires dans la conclusion des contrats de publicité. Néanmoins, nous avons préféré étudier d'abord les contrats conclus directement entre l'annonceur et le publicateur ou le propriétaire d'emplacements, et envisager séparément les fonctions des intermédiaires.

A la lecture de cette quatrième partie, on comprendra aisément que la complexité et la diversité des rapports qui unissent les intermédiaires aux uns et aux autres, rendaient cette division indispensable à la clarté de l'exposé.

Mais, comme dans les parties précédentes nous avons étudié les principales difficultés relatives aux contrats de publicité, nous n'aurons plus, dans cette quatrième partie, après avoir soigneusement analysé et défini les contrats qui unissent les intermédiaires à l'annonceur et au publicateur qu'à examiner les difficultés relatives à leur interprétation.

Ces contrats, du reste, modifient assez considérablement l'aspect des relations existant entre les annonceurs et le publicateur ; car les intermédiaires de publicité, du moins ceux qui sont l'objet de notre étude, ne se contentent pas d'intervenir dans la conclusion des contrats de publicité, mais traitent avec les annonceurs et les publicateurs pour leur propre compte. Ainsi nous verrons que le fermier d'annonces acquiert du publicateur le droit d'exploiter la publicité de sa feuille à sa place et traite ensuite avec les annonceurs. De même, l'agent de publicité traite avec les annonceurs en son propre nom... Ces intermédiaires sont parties aux contrats de publicité.

Il en résulte que la situation juridique de chaque intermédiaire peut être considérée sous deux aspects essentiellement différents selon qu'on l'envisage à l'égard de l'annonceur ou à l'égard du publicateur.

Aussi dans chacune des situations que nous aurons à étudier, nous aurons soin d'examiner séparément les rapports de l'intermédiaire avec le publicateur et les rapports de l'intermédiaire avec l'annonceur.

Mais il y a deux catégories d'intermédiaires qui se contentent d'intervenir dans la conclusion des contrats, sans jouer le rôle de parties, ce sont les préposés et les courtiers.

Malgré leur présence, le contrat de publicité ne subit aucune modification lors de sa formation. Il demeure conclu directement, soit entre l'annonceur et le publicateur, soit entre l'annonceur et l'intermédiaire qui traite pour son propre compte.

Afin de ne pas trop surcharger l'étude des fonctions si complexes des autres intermédiaires, nous étudierons dans

un *chapitre préliminaire* les préposés et les courtiers de publicité, sans insister du reste sur leur cas.

Puis dans quatre chapitres nous examinerons les situations des principaux intermédiaires qui sont parties aux contrats de publicité. Quelles sont ces situations ?

1° Soit un publicateur qui désire tirer profit de la publicité de son périodique. Il peut céder à un tiers appelé *fermier d'annonces*, moyennant une somme forfaitaire, le droit d'exploiter à sa place la publicité de tout ou partie de sa feuille. Ce contrat est dit contrat d'affermage. L'annonceur traitera avec le fermier dans les mêmes conditions qu'il eût traité avec le publicateur.

2° Supposons, au contraire, que le publicateur veuille exploiter lui-même sa publicité. Il entrera en relation avec les annonceurs, soit directement, soit par l'entremise de préposés et de courtiers et, dans un cas comme dans l'autre passera avec eux des contrats de publicité. Nous connaissons ces situations.

Il peut également traiter, non plus avec les annonceurs, mais avec une *Agence de publicité* qui, à son tour, traitera avec les annonceurs. Il y aura là deux contrats de nature différente.

3° Soit maintenant le propriétaire d'un emplacement propre à l'affichage. Il peut accorder le droit d'apposer des affiches sur cet emplacement à un *Concessionnaire d'affichage*. Celui-ci cédera son droit à un annonceur, mais souvent, promettra également ses services pour la pose et l'entretien des affiches.

4° Supposons au contraire que le propriétaire veuille tirer parti lui-même de ses emplacements. Il entrera en relations avec les annonceurs, soit directement, soit par l'entremise de préposés et de courtiers. Mais il peut aussi

traiter avec un *agent d'affichage* qui traitera à son tour avec les annonceurs.

En pratique les intermédiaires de publicité ne se cantonnent pas dans une seule de ces situations. Comme leur fonction, vis-à-vis des annonceurs consiste le plus souvent à organiser et à réaliser *toute* leur publicité, ils sont amenés à jouer à la fois dans les rôles énumérés précédemment. Telle est la situation normale. Aussi, après avoir décomposé et analysé séparément les différentes fonctions habituelles des intermédiaires nous envisagerons dans un cinquième et dernier chapitre, la situation de l'intermédiaire chargé d'organiser toute la publicité de l'annonceur.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

LES PRÉPOSÉS ET LES COURTIER

Les préposés et les courtiers mettent en rapport les annonceurs avec les publicateurs, les propriétaires d'emplacements, les fermiers d'annonces, les concessionnaires d'affichage, les agents de publicité... Nous prendrons comme types ceux qui traitent des affaires de publicité par la presse.

Le Code des Usages distingue les courtiers attachés à un organe de publicité, et les courtiers libres : « Le courtier « attaché à un organe de publicité est celui qui, étant lié « à cet organe par une convention formelle lui apporte un « concours régulier et constant, à des conditions déterminées à l'avance, en vue d'entretenir et de développer la « clientèle, que ces conditions comportent ou non, pour « la rétribution de ce concours un traitement fixe, en « outre de la commission sur les affaires qui lui est réservée (Art. 22) ».

Il n'y a aucun doute : « le courtier attaché à l'organe de publicité » n'a de courtier que le nom ; en droit il est un simple préposé. Il a attaché ses services exclusivement à une ou plusieurs personnes, il se présente à la clientèle comme envoyé directement, par le journal, le fermier ou l'agence et il rédige le bordereau sur imprimé à l'en-tête de ces maisons (1). Du reste le Code des usages ne manque

1. Feltaine, p. 159 ; V. Rouen, 24 juillet 1909, *Rec. Rouen* 1909-184.

pas de prévoir la principale difficulté qui donne de l'intérêt à la distinction entre le préposé et le courtier : la rupture de leurs rapports avec l'organe de presse ou de publicité. « Dans ce cas, dit le code, la situation est réglée « d'après les usages applicables aux appointés... »

Au contraire « le courtier libre, dit le Code des Usages « (art. 24) est celui qui porte librement ses efforts sur les « organes choisis par lui en vue d'établir des relations « d'affaires entre ces organes et une clientèle entièrement « due à son initiative, le concours de ce courtier étant « exclusivement rétribué par une commission sur les « affaires qui résultent de ses démarches. »

Le courtier se présente chez les commerçants, et sollicite leurs ordres. Un commerçant se décide : on rédige aussitôt un écrit constatant l'accord contenant soit les termes exacts de l'annonce, soit simplement quelques éléments généraux du contrat de publicité : dimensions de l'annonce, type, emplacement, prix à la ligne ou à forfait. L'annonceur signe le bordereau, et le courtier se rend chez le publicateur qui lui verse la commission. Le publicateur se met alors en relation avec l'annonceur, lui demande le texte exact de l'annonce, si le courtier ne le lui a pas remis, et en tous cas, s'adresse à lui pour toucher le prix (1).

On voit que le courtier d'annonces se contente de rapprocher les parties et de les mettre en mesure de conclure le contrat de publicité.

Malgré l'entremise d'un courtier, le contrat de publicité peut donc être considéré comme formé directement entre l'annonceur et le publicateur, ou formé entre l'annonceur

1. Feltaine, *loc. cit.* Adde : R. Jamakorzian. *De la publicité commerciale en France*. Paris, Thèse 1911.

et une agence, si c'est à une agence que le courtier a transmis ses ordres. Voici les conséquences de ce principe :

1^o Le courtier, sauf stipulation contraire, ne peut pas recevoir le prix des ordres qu'il a obtenus. Si l'annonceur paie au courtier, il n'est libéré que par la remise des fonds au publicateur par le courtier.

2^o Du fait que le contrat se forme entre l'annonceur et le publicateur, le courtier ne peut pas en demander l'exécution à l'un et à l'autre. Il n'a pas qualité pour réclamer le prix ou la parution de l'annonce.

3^o Inversement le courtier n'est pas garant de l'exécution du marché. Si l'annonce n'est pas publiée, l'annonceur ne peut agir en garantie contre le courtier. Si le prix n'est pas payé le publicateur ne peut le réclamer au courtier.

Néanmoins le courtier est responsable de son fait. Il est tenu vis-à-vis de l'annonceur et du publicateur d'agir en commerçant soigneux : Qu'il commette une erreur matérielle en transmettant d'une manière inexacte ou incomplète les tarifs du journal au particulier, il engagera sa responsabilité au regard du publicateur ; qu'il porte dans son bordereau une mention erronée, qu'il fasse une confusion de noms ou de date, qu'il oublie une des indications de l'annonce, qu'il mette en un mot le commerçant en droit de contester l'identité des ordres reçus du courtier par le journal avec ceux qu'il a donnés lui même et il sera en faute au regard du particulier (1).

4^o Le salaire est dû dès que l'opération est conclue quels que soient son but et ses résultats ultérieurs (2).

1. Feltaine, p. 163.

2. Cass. 16 juin 1902. D. P. 1903. 1. 305 ; Paris, 26 fév. 1910, *Gaz. Trib.*, 4 août 1910 ; Bourges, 14 fév. 1921, cité par *la Publicité*, avril 1921.

Encore est-il nécessaire que l'opération ait été réellement conclue.

5° Ajoutons qu'à l'expiration du contrat, s'il n'y a faute grave ni négligence à la charge du courtier, le renouvellement du contrat apporté par lui, doit être réservé à ses soins (1).

6° Enfin le courtier qui agit professionnellement est un commerçant aux termes de l'article 632 § 4 du Code de commerce.

Cette règle s'applique aux courtiers d'annonces (2).

Telles sont esquissées rapidement les règles relatives aux fonctions des préposés et des courtiers.

Nous les avons examinées à part, afin d'être en mesure de donner une vue d'ensemble des fonctions des intermédiaires qui sont parties au contrat de publicité et qui, de ce fait, en modifient sensiblement la physionomie.

1. V. à ce sujet : Montpellier 20 janv. 1922, *Gaz. Pal.*, 1922, 140 ; *La Publicité*, 1913, p. 273 ; *La publicité moderne*, juil. et sep. 1907. Semaine de la publicité. Rapport de M. Et Damour, *Bull. Ch. synd. de la publicité*, n° 33, p. 44.

2. Paris, 24 août 1854 *J. Trib. Com.*, 1855, p. 21 ; Paris 18 avril 1861. *J. Trib. Com.*, 1861 p. 379 ; Paris 17 janv. 1866. *J. Trib. Com.*, 1866, p. 505

CHAPITRE PREMIER

LES CONTRATS D'AFFERMAGE

SECTION I

RAPPORTS DU FERMIER D'ANNONCES ET DU PUBLICATEUR

Dans un premier paragraphe nous analyserons le contrat conclu entre le publicateur et le fermier d'annonces et nous étudierons sa nature juridique. Dans un second paragraphe nous déduirons les conséquences de la définition du contrat.

§ I. — Analyse et Nature Juridique du Contrat

L'affermage est un contrat par lequel le publicateur concède à un tiers appelé « fermier d'annonces », moyennant une somme forfaitaire (1), le droit d'exploiter tout ou partie des annonces à sa place et pour un temps déterminé.

L'affermage est un mode d'exploitation répandu. On le rencontre principalement dans deux hypothèses :

1^o. — Le publicateur a évalué la somme approximative que peut fournir l'exploitation de sa feuille. Mais comme

1. Parfois le fermier s'oblige à payer au publicateur, outre la somme forfaitaire, un pourcentage sur le chiffre d'affaires ; cette clause ne modifie en rien la nature du contrat. V. Trib. Civ., Seine, 10 août 1855. *Journal de l'enregistrement*, 1855 art. 16315, p. 473.

il ne tient pas à en assurer la direction, parce qu'il considère, par exemple, l'exploitation de la publicité d'un journal en dehors de ses capacités, de ses goûts, de sa profession, il concède à un tiers, moyennant un prix forfaitaire le droit de l'exploiter entièrement à sa place.

2° Le publicateur, bien qu'exploitant lui-même la publicité de sa feuille peut en affermer une partie, une page par exemple. Voici comment on procède souvent.

Un intermédiaire, qui a la certitude d'en opérer le placement parmi sa clientèle, acquiert l'affermage non plus de toute la publicité d'un organe, mais d'une page ou même d'une fraction de page pendant un temps déterminé, ou même simplement pour certains jours fixés d'avance : la moitié supérieure de la sixième page, chaque dimanche de l'année par exemple (1).

* * *

Quelle est la nature juridique du contrat d'affermage ?

« Par le contrat de fermage, dit M. Duplat, le propriétaire d'un journal donne à bail, pendant un temps déterminé et pour une somme fixe, la publicité de sa feuille et loue au fermier, soit la quatrième page, soit toute la publicité : annonces, réclames (2) ».

Le contrat d'affermage serait donc un louage de choses. C'est l'opinion générale, admise par la Jurisprudence (3).

1. Dans la pratique on réserve le nom d'affermage au cas où l'intermédiaire a acquis le droit d'exploiter la totalité ou une partie très importante de la publicité de la feuille. Mais quand son droit ne porte que sur une page ou fraction de page il ne change pas de nature.

2. Duplat, p. 81.

3. Duplat, *loc. cit.*, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, II, n° 4192 ; Rennes, 28 mars 1903. *Rec. Nantes*, 1903.I.446 ; Lyon,

A notre sens elle n'est pas défendable. A propos des contrats de publicité par la presse conclus directement entre l'annonceur et le publicateur, nous avons combattu une théorie analogue, celle du journal-mur. Les arguments présentés à cette occasion ont la même force à propos des contrats d'affermage.

La situation du fermier, vis-à-vis du publicateur ne nous paraît pas différente de celle de l'annonceur. Que promet le publicateur en échange du prix payé par le fermier ? L'insertion des annonces que ce dernier lui apportera.

En d'autres termes, en échange du prix (1), le fermier désire que le publicateur mette à sa disposition son industrie et celle de son personnel, son matériel, son organisation, ses services de vente de façon que les clichés d'annonces qu'il lui apportera soient mis sous les yeux des lecteurs de l'organe.

Il y a donc louage d'ouvrage aux termes de l'art. 1710 du Code civil : « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles. »

On voit surtout combien est faible la théorie du louage de choses, si l'on cherche à préciser à quel moment le louage d'industrie du contrat conclu directement entre l'annonceur et le publicateur devient un louage de choses, du fait qu'un fermier a pris la place de l'annonceur.

22 mars 1890, *Mon Jud. Lyon*, 1^{er} mai 1890. *Pand. Franc.* V^o annonce n^o 50. V. cependant *infra*, p. 205.

1. Nous supposons toujours que le fermier promet un prix en argent, sinon le contrat serait *innommé*. Par exemple, en échange du droit d'exploiter les annonces, le fermier peut promettre l'impression de la feuille ; comme les contrats *innommés* empruntent les règles des contrats auxquels ils se rapprochent le plus, la question n'offre pas d'intérêt.

Ainsi M. Duplat admet que le contrat conclu directement entre annonceur et publicateur est un louage d'industrie et que l'affermage de la publicité à un intermédiaire est un louage de choses. Et il ajoute : « Cette location « peut porter sur une partie bien déterminée de la publicité. Ainsi pour le bulletin financier, beaucoup de journaux traitent avec un fermier, une agence, une banque, « un syndicat financier, dans ce cas généralement, le « concessionnaire exploite lui-même et pour son compte « cette location. »

Ainsi le contrat de publicité qui était ordinairement un louage d'industrie devient louage de choses quand l'annonceur est une banque, une agence ou un syndicat financier !

Aux uns et aux autres, cependant ce journal promet une même chose : une publication d'annonces. Le contrat ne peut donc changer de nature.

Comme les contrats d'affermage sont conclus pour une durée déterminée et que le prix est fixé proportionnellement au temps, on pourrait croire qu'il s'agit d'un louage de services analogue à celui des gens de travail (C. civ., art. 1779, § 1^{er}).

En réalité, le but du contrat n'est pas d'assurer au fermier le travail du publicateur, mais la promesse de la parution des annonces apportées. Qu'importe au fermier l'industrie du publicateur si, en fin de compte, les annonces de ses clients ne paraissent pas

Les contrats d'affermage sont bien passés pour une durée déterminée, mais en fait, ce que promet le publicateur n'est pas son travail pendant la durée du contrat mais la répétition un nombre déterminé de fois, d'un acte, à savoir la parution des annonces. Si le contrat d'affermage est conclu pour un an et si la publication est quotidienne,

le publicateur promet de faire paraître trois cent soixante-cinq fois les annonces apportées par le fermier.

Malgré les apparences, nous sommes donc bien en présence d'un contrat d'entreprise semblable à celui qui est conclu directement entre l'annonceur et le publicateur et à propos duquel nous avons, du reste, fait cette remarque.

Nous compléterons l'analogie entre les deux contrats en disant que le contrat d'affermage est conclu en vue de réaliser des actes de publicité. Son objet et sa cause sont les mêmes que dans le contrat formé directement entre l'annonceur et le publicateur. Le but du fermier n'est évidemment pas de réaliser sa propre publicité. Mais quand il stipule du publicateur l'insertion des annonces qu'il lui présentera, il entend que cette insertion se fasse dans des conditions telles qu'elle puisse produire la publicité escomptée par sa clientèle d'annonceurs.

Bien que les tribunaux semblent admettre la théorie du louage de choses (1) un jugement du Tribunal civil de la Seine, dans une affaire d'enregistrement, a très bien marqué l'identité de nature du contrat conclu directement entre le publicateur et le fermier et du contrat conclu directement entre le publicateur et l'annonceur : Il s'agissait de l'affermage de la quatrième page d'un journal étranger pour quatre, neuf ou douze ans; cette quatrième page devait être seule réservée aux annonces; le fermier s'engageait à payer un prix forfaitaire et en outre 5 0/0 du produit brut des annonces : « attendu que ce traité par
« lequel les propriétaires dudit journal demeurent chargés
« des frais et soins de traduction, d'impression et de cor-

1. V. la jurisprudence citée, p. 203.

« rection de toutes les insertions avec droit de contrôler
« les annonces et de refuser celles qui leur paraîtraient
« porter atteinte à la morale et aux bonnes mœurs, d'après
« lequel ils continuent de rester également chargés des
« soins et des frais des abonnements et de la distribution
« opérant la publicité dont doivent profiter B... (les fer-
« miers), constitue essentiellement un louage d'indus-
« trie (1). »

§ II. — Conséquences

Dans le précédent paragraphe nous avons suffisamment insisté sur l'analogie existant entre le contrat d'affermage et le contrat conclu directement entre l'annonceur et le publicateur. Les prestations promises par les parties sont les mêmes dans les deux cas : le publicateur s'engage à faire paraître une ou plusieurs annonces ; l'annonceur promet un prix. Et les parties sont d'accord pour que l'insertion de l'annonce réalise un acte de publicité.

Aussi dans ce paragraphe, nous n'aurons qu'à étudier certaines particularités relatives au contrat d'affermage et à signaler les clauses les plus fréquentes qu'on rencontre dans ces contrats.

1^o COMMERCIALITÉ DU CONTRAT

Vis à vis du publicateur le fait d'affermier les annonces d'un organe ne constitue pas un acte de commerce par sa nature. L'acte du publicateur ne rentre dans aucune des catégories de l'article 632 du Code de commerce. On ne

1. Trib. civ. Seine, 10 août 1855, *Journal de l'Enregistrement*, art. 16135, p. 473.

peut même pas dire que le publicateur agit toujours dans un but de spéculation. Au contraire, s'il afferme sa publicité, c'est souvent pour ne pas avoir le souci d'être en relations constantes avec la clientèle.

Mais si le publicateur, du fait de l'exploitation de son périodique est un commerçant, le contrat conclu avec le fermier sera à coup sûr commercial, en vertu de la théorie de l'accessoire, puisqu'il aura été passé dans l'intérêt et pour les besoins du commerce du publicateur.

Quant au point de savoir dans quels cas le publicateur d'un périodique à la qualité de commerçant, nous l'avons expliqué dans notre deuxième partie, à propos de la commercialité du contrat passé directement entre l'annonceur et le publicateur (1).

Vis-à-vis de l'intermédiaire, le contrat est toujours commercial (2).

Dans toutes les entreprises de publicité, en effet, on retrouve les éléments constitutifs du « bureau d'affaires ». Or, l'article 632 § 3 du Code de commerce attribue aux bureaux d'affaires le caractère commercial.

On pourrait ajouter que le fermier loue les services du publicateur en vue de les sous-louer. Or, l'on est d'accord pour admettre que « l'achat pour revendre » qui constitue l'acte de commerce selon l'article 632 du Code de commerce doit être étendu à la « location pour la sous-location ».

2° OBLIGATIONS DU PUBLICATEUR

Le publicateur doit insérer dans sa feuille les annonces que lui apporte le fermier. La convention précise que

1. *Supra*, p. 129.

2. *Pand. franç.*, V° acte de commerce, n° 320.

celui-ci dispose de telle page ou telle fraction de page, et même peut empiéter sur la partie rédactionnelle jusqu'à concurrence de tant de lignes. Tant que le fermier ne dépasse pas la limite donnée, le publicateur est tenu d'insérer les annonces apportées.

Peut-il refuser les annonces contraires à la ligne de conduite de son journal? En général le contrat d'affermage détermine d'une façon précise le genre d'annonces que le journal sera tenu d'insérer. Ainsi le publicateur peut exclure la publicité financière ou pharmaceutique, ou encore toute publicité dont la moralité est douteuse, ou même toute annonce contraire à l'esprit, à la ligne de conduite ou à l'intérêt du journal (1). Le publicateur peut aussi stipuler à son profit le droit absolu de refuser toute annonce qui n'est pas à sa convenance.

On comprend aisément l'importance des clauses de ce genre. Si elles font défaut, le publicateur qui, aux termes de son contrat s'est engagé à insérer les annonces apportées par le fermier, ne pourra refuser de les faire paraître que s'il justifie d'un motif légitime. Sa situation, vis-à-vis du fermier est la même que vis-à-vis de l'annonceur (2). « Si le journal a un fermier financier, dit M. Fabreguettes « celui-ci a son indépendance absolue ; il soutient dans le « journal l'affaire qui lui plait et comme il veut. Pourvu « qu'il paye son prix, il est le maître (3). »

L'indépendance du fermier n'est pas en contradiction avec le principe de l'indépendance du publicateur.

Si ce dernier est tenu d'insérer les annonces contraires à l'esprit de son journal, c'est en vertu d'un contrat qu'il a

1. Duplat, p. 82.

2. *Supra*, p. 148.

3. Fabreguettes, II, n° 175, p. 134.

librement conclu. On conviendra que la plus élémentaire prudence commande au publicateur de se réserver un droit de contrôle sur toutes les annonces, ou au moins de déterminer certaines catégories qui doivent être exclues.

Quand le publicateur fait paraître régulièrement les annonces de son fermier, a-t-il rempli toute son obligation ? Nous faisons ici les mêmes remarques qu'à propos du contrat conclu directement entre l'annonceur et le publicateur. Les annonces doivent être insérées dans des conditions telles que les clients du fermier c'est-à-dire les annonceurs puissent en retirer l'effet escompté, au point de vue de la publicité. Le publicateur, il est vrai, ne s'est pas engagé à faire de la publicité pour le compte des annonceurs. Mais quand il a traité avec le fermier, l'intention commune des parties était de permettre à celui-ci d'exploiter la publicité du journal. Le publicateur manque donc à son obligation dès qu'il fait des actes susceptibles d'entraver l'exploitation du fermier.

Si le chiffre de tirage du journal vient à diminuer considérablement par suite de changements dans la rédaction ou dans l'orientation politique, par exemple, le fermier qui de ce fait, ne sera plus en mesure de recruter une clientèle d'annonceurs suffisante, pourra prétendre que son co-contractant n'a pas satisfait à ses engagements, qu'il avait promis d'insérer les annonces dans une feuille d'une valeur donnée au point de vue de la publicité et que la prestation promise n'est pas fournie quand l'annonce paraît dans une feuille dont le nombre de lecteurs, c'est-à-dire de personnes susceptibles de lire les annonces a considérablement diminué (1).

1. Rennes, 28 mars 1903. *Rec. Nantes*, 1903, 1.446. A propos du
DEMORTAIN. — Les contrats de publicité

Le publicateur conserve son indépendance et n'est pas responsable de la contradiction qui peut se produire entre la polémique du journal et le caractère des annonces (1). Malgré le contrat d'affermage, il conserve le droit de critiquer dans la partie rédactionnelle de la feuille, les opérations financières mentionnées dans la partie réservée à la publicité (2) à moins cependant que la critique ne soit susceptible d'en détruire radicalement l'effet, et par conséquent, d'entraîner la responsabilité du fermier vis-à-vis de l'annonceur (3).

En tous cas, il a été jugé que si la ligne de conduite du journal se trouve en désaccord avec l'intérêt du fermier, les Tribunaux peuvent sans rompre le contrat introduire certaines modifications susceptibles d'en rendre l'exécution plus facile (4).

Le publicateur est tenu de ne pas apporter dans l'organisation du journal les modifications susceptibles d'entraver l'exercice de la profession du fermier.

Ainsi, celui-ci serait fondé à se plaindre si le transport de journal dans une autre ville entraînait, outre une diminution de tirage, des difficultés pour le recrutement de la clientèle d'annonceurs (5).

tirage, signalons que le fermier à la suite d'une déclaration mensongère du publicateur ne pourra que difficilement obtenir l'annulation du contrat pour erreur sur la qualité substantielle de la chose (*supra*, p. 140) « attendu que s'il s'occupe spécialement d'affaires de publicité, « il ne peut s'en prendre qu'à lui-même de s'être contenté d'une simple « déclaration verbale, sur un point aussi vraiment intéressant pour « lui ». Trib. Com. Seine, 28 avril 1883. *Gaz. Pal.*, 1883.2.76.

1. Trib. Com. Nantes, 23 juillet 1898. *Rec. Nantes*, 1899. 1.152.

2. Fabreguettes, II, n° 175, p. 176.

3. *Supra*, p. 160.

4. Trib. Com. Nantes, 23 juillet 1898, précité.

5. Rennes, 28 mars 1903, précité.

En principe le publicateur ne doit pas modifier le format de la feuille.

En tous cas il ne peut pas le diminuer. S'il l'agrandit, le droit du fermier varie selon qu'il a obtenu l'exploitation d'une ou plusieurs pages, ou d'un nombre déterminé de lignes. Si le fermier est concessionnaire d'une page entière ou d'une fraction de page il profite de son agrandissement. S'il n'a droit qu'à un nombre donné de lignes, l'emplacement gagné par l'agrandissement du format reste acquis au propriétaire, mais le fermier peut demander réparation, s'il subit de ce fait un préjudice.

En pratique les changements de format sont généralement précédés de pourparlers entre publicateurs et fermiers.

Chacune des parties y voyant une situation meilleure et un champ plus vaste d'exploitation, elles apportent facilement des modifications au contrat, au moins si elles sont d'accord sur l'opportunité de ces changements (1).

Le publicateur peut augmenter la périodicité de sa feuille, à moins qu'il n'en résulte un changement radical dans l'exploitation du fermier. Si celui-ci par exemple avait acquis, grâce à ses efforts, une clientèle d'annonceurs susceptibles de faire de la publicité dans une revue de luxe, il serait fondé à se plaindre si la revue mensuelle était transformée en un journal quotidien, n'intéressant plus ses clients. Mais si l'augmentation de périodicité ne met pas obstacle à son exploitation, il doit la supporter. Il a été jugé à ce propos que le fermier pouvait acquiescer moyennant un prix proportionné, l'affermage de la nouvelle publicité (2). Selon M. Duplat cette situation privilè-

1. Duplat, p. 8°.

2. Trib. Com. Seine, 25 mars 1881. *La loi*, 16 juin 1881 ; Fabreguettes, II, n° 175, p. 137.

giée lui est dû par ce fait que, en vertu de son contrat, il possédait l'usage de la publicité, *chaque fois que le journal paraissait* (1).

3° OBLIGATIONS DU FERMIER

Le fermier comme l'annonceur doit : 1° Fournir au publicateur les indications nécessaires à la parution des annonces; 2° Payer le prix convenu.

4° CESSION ET FIN DU CONTRAT

La jurisprudence, qui considère le contrat d'affermage comme un bail admet logiquement que le fermier peut céder son droit à un tiers, le contrat n'ayant pas été conclu *intuitu personnae* (2).

En considérant au contraire le contrat d'affermage comme un louage d'industrie, la cession est impossible, à moins qu'il n'y ait acceptation de la part du publicateur. Mais alors, c'est un nouveau contrat qui se forme, l'ancien ayant été résilié par la volonté commune des parties.

Le contrat d'affermage prend fin pour les mêmes causes que le contrat de publicité conclu directement et peut être prorogé par tacite reconduction (3).

1. Duplat, p. 89.

2. Lyon, 22 mars 1890. *Mon Jud Lyon*, 1^{er} mars 1890 ; Lyon 24 mai 1893. D. P. 1894.2.401 et la note, Fabreguettes, II, p. 136, n° 175.

3. *Supra*, p. 213. Sur la résiliation du contrat d'affermage par suite de la suppression du Journal V. *Pand. Franç.*, V° *annonces*, n° 50 et s. Fabreguettes, n° 175, p. 137; Lyon, 23 avril 1874. D. P. 1875.2.37.

SECTION II

RAPPORTS DU FERMIER D'ANNONCES
ET DE L'ANNONCEUR

Examinons maintenant la situation de ce même fermier, mais vis-à-vis de l'annonceur.

Nous avons vu que le fermier exploitait la publicité de la feuille à la place du publicateur qui lui avait cédé ses droits. L'annonceur traitera donc avec le fermier exactement dans les mêmes conditions qu'il eût traité avec le publicateur. Le contrat est donc le même que le contrat conclu directement entre l'annonceur et le publicateur. C'est un louage d'industrie.

On peut toutefois prévoir une objection. Dans un louage d'industrie, l'entrepreneur promet sa propre industrie ou celle de ses préposés et non celle des tiers. Or, le fermier ne promet pas ses services en vue de l'insertion de l'annonce : il s'engage à ce que le publicateur, c'est-à-dire, un tiers, fasse l'insertion.

On peut aisément répondre : malgré les apparences, le fermier promet son propre fait, puisque le publicateur lui a concédé tous ses droits dans l'exploitation des annonces.

C'est le fermier qui assume la direction de l'exploitation de la publicité de la feuille et qui en prend à sa charge les bénéfices et les risques. Voilà l'important : le fait matériel de l'insertion de l'annonce importe peu. Et puis est-ce bien le publicateur qui insérera l'annonce ?

Qu'advient-il si le publicateur fait imprimer son journal par un tiers qui n'est pas son préposé, par un imprimeur qui a traité à forfait par exemple ? Prétendra-t-on

que seul cet imprimeur à l'exclusion du publicateur et du fermier, serait capable de promettre son propre fait en promettant l'insertion de l'annonce ?

Le contrat est donc bien un louage d'industrie. On l'interprétera comme celui qui est conclu directement entre l'annonceur et le publicateur.

CHAPITRE II

L'AGENCE DE PUBLICITÉ (Presse)

Comme au chapitre précédent, nous examinerons d'abord les rapports de l'Agence et du publicateur, et ensuite les rapports de l'agence et de l'annonceur.

SECTION I

RAPPORTS DE L'AGENCE DE PUBLICITÉ ET DU PUBLICATEUR

§ 1. — Analyse et nature des contrats

Le publicateur qui exploite la publicité de sa feuille pour son propre compte et le fermier d'annonces qui a acquis du publicateur le droit de l'exploiter à sa place, ont chacun le souci d'être en relation avec un nombre d'annonceurs suffisant qui leur permettra d'atteindre le chiffre de recette escompté.

Ils pourront rechercher la clientèle des annonceurs au moyen de leurs préposés et commis ou en acceptant les offres de courtiers, libres ou attachés à leur maison.

Mais souvent, ils préféreront avoir recours aux offices des agences de publicité.

D'abord qu'entend-on par agence de publicité?

Les contrats qui lient les agences aux publicateurs et premiers contiennent des clauses si diverses qu'il est difficile de donner une définition unique et de portée générale des agences de publicité.

Le terme « Agence de publicité » est lui-même une expression vague et imprécise, susceptible de s'appliquer à toutes les entreprises qui ont pour objet des affaires de publicité, quel que soit le rôle joué par ces entreprises dans la conclusion des affaires.

Ainsi on appelle quelquefois « agences de publicité » les entreprises d'affermage d'annonces que nous avons étudiées au chapitre précédent, ou les entreprises d'affichage dont nous examinerons les fonctions aux chapitres III et IV. On donne encore la même appellation aux maisons qui se chargent de diriger la publicité de leur clientèle d'annonceurs et dont l'étude sera l'objet du chapitre V.

Cette confusion est rendue plus facile du fait que d'importantes maisons de publicité, qui s'intitulent « agences » exercent des fonctions différentes avec tels ou tels journaux. Elles seront par exemple, les fermiers de l'un et joueront le rôle d' « agent » que nous allons définir, vis-à-vis de l'autre ; de plus, elles feront des opérations de courtage avec d'autres et organiseront encore la publicité de certains annonceurs, etc...

Même en n'envisageant ici que les seuls contrats de publicité par la presse et en excluant de l'objet de ce chapitre deux fonctions importantes des agences (au sens large du mot), le courtage et l'affermage, nous rencontrons une grande diversité dans les fonctions des agences et dans la manière dont elles passent les contrats de publicité avec les journaux.

Nous allons nous efforcer de définir la nature des

différents contrats que les agences concluent avec les publicateurs et fermiers (1).

Parmi la variété des clauses contenues dans ces contrats, on peut isoler celles qui semblent essentielles et qui donnent aux contrats leur physionomie propre et déterminent sa nature juridique.

D'autre part, il faut tenir compte de l'esprit dans lequel ces contrats sont passés, de la commune intention des parties, des services que l'un attend de l'autre, du but poursuivi par chacun d'entre eux.

En procédant ainsi, nous pouvons classer les nombreuses fonctions des agences en deux espèces bien différentes et bien déterminées.

Première espèce : Certaines agences de publicité sont en relations constantes avec leur clientèle d'annonceurs, soit que ceux-ci leur aient confié le soin de faire paraître telle annonce déterminée, soit qu'ils aient eu recours à leurs offices pour organiser leur campagne de publicité.

Ces agences se présentent au publicateur tantôt au nom de l'annonceur, tantôt en leur nom propre et passent des contrats pour l'insertion d'annonces.

1. Au cours de ce chapitre, comme au cours du chapitre consacré à l'étude de la nature des rapports de l'agent et de l'annonceur (contrats de presse) on ne trouvera mentionnée aucune décision de jurisprudence : c'est que nous ne connaissons aucun arrêt ou jugement ayant résolu la question de la nature de ces contrats dans un sens ou dans l'autre. On trouvera cependant dans les motifs de certains arrêts, des indications utiles sur la teneur des contrats entre les agences d'une part et les publicateurs ou annonceurs, d'autre part.

Ainsi, pour les rapports de l'agent et du publicateur : Paris, 8 août 1889. *Journ. Trib. Comm.*, 1890 p. 428 ; Trib. Com. Seine, 16 janv. 1871. *Le Droit*, 18 janv. 1871 ; Trib. Com. Seine, 30 déc. 1893. *La loi*, 8 fév. 1894. Pour les rapports de l'agent et de l'annonceur : Paris, 6 août 1869, *Bull. Arr. Paris*, 1869, p. 511.

Dans le premier cas, elles sont les mandataires ou plus exactement les commissionnaires de l'annonceur : le contrat de publicité peut-être considéré comme conclu directement entre le publicateur et l'annonceur ; ce dernier étant représenté par l'agence.

Mais dans le second cas, qui est le plus fréquent, où l'agence traite en son propre nom, quelle est la nature du contrat ?

Si les choses se passaient exactement ainsi, on pourrait répondre immédiatement que le contrat de publicité conclu dans ces conditions ne diffère pas de celui qui est conclu directement entre le publicateur et l'annonceur, ou mieux, entre le publicateur et son fermier d'annonces, puisque l'agent comme le fermier, n'obtiennent pas la promesse d'insertion d'annonces pour l'utiliser eux-mêmes, mais pour en transférer le bénéfice à des tiers.

En effet, que promet le publicateur à l'agent en échange du prix que celui-ci lui verse ? La parution de l'annonce, c'est-à-dire son industrie, ses soins, l'usage de son matériel, les services de son personnel et tout ce qui est nécessaire pour que l'annonce paraisse. La promesse que fait le publicateur à l'agent est exactement la même que la promesse faite à l'annonceur ou au fermier. L'agent, d'autre part, promet de payer un prix, tout comme l'annonceur et le fermier.

Les obligations réciproques des parties étant identiques, le contrat ne change pas de nature : c'est un louage d'industrie.

Mais en pratique, les choses ne se passent pas tout à fait de cette façon.

L'agent, qui est peut-être déjà rémunéré par l'annon-

ceur sait fort bien qu'en apportant au publicateur des ordres de publicité, il contribue à la prospérité de son journal. Il lui demandera donc une rémunération.

Or ce qui caractérise cette première espèce, c'est l'absence de convention liant le publicateur et l'agence en dehors du contrat de publicité. Si l'agent touche une commission, ce n'est pas en vertu d'un accord antérieur mais d'un usage ou d'une promesse générale faite par le publicateur à toutes les agences susceptibles de souscrire des annonces. Le publicateur a établi un tarif général applicable aux annonceurs qui traitent directement avec lui. S'il traite avec une agence, en raison même du but poursuivi par celle-ci, il ne lui comptera pas les mêmes prix qu'aux annonceurs. Ou bien il la fera profiter d'un tarif de faveur ou bien il lui comptera le « prix fort » et lui versera une commission.

Le contrat que nous avons défini louage d'industrie, dans l'hypothèse où l'agent n'est pas rémunéré par le publicateur, et que nous avons assimilé à celui qui est passé entre le publicateur et l'annonceur ou le fermier, change-t-il de nature du fait que le publicateur rémunère l'agent ?

Nous ne le pensons pas. En réalité l'agent de publicité est dans une situation analogue à celle d'un négociant en gros ou en détail, qui achète des marchandises à un producteur ou fabricant, pour les revendre. Si ces derniers vendent aussi directement aux consommateurs, il est à peu près certain qu'ils ne leur appliqueront pas les mêmes tarifs qu'aux négociants. Ceux-ci bénéficient de prix de faveur ou touchent des « commissions » sur les prix forts.

Dans nos relations entre publicateur et agence, la situa-

tion est la même avec cette différence, pourtant, qu'il n'est pas question d'achat pour revente mais du louage d'une industrie en vue de la sous-louer.

De même que l'application de tarifs différents à des ventes consenties soit à des consommateurs, soit à des négociants, ne modifie en rien la nature du contrat, qui demeure une vente, de même l'application d'un tarif de faveur ou le versement d'une commission, à un agent de publicité, ne peut pas avoir pour effet de transformer ce contrat.

Deuxième espèce : Les grandes agences de publicité qui ont une clientèle d'annonceurs importante, ont besoin de s'assurer dans un certain nombre de périodiques des emplacements d'annonces qu'elles utilisent au fur et à mesure des besoins de leur clientèle.

D'autre part, en souscrivant des annonces aux journaux, elles contribuent à leur prospérité. Aussi les journaux sont-ils prêts à les faire profiter d'avantages importants sur le prix des annonces.

Les agences, d'un côté, veulent être assurées de ces avantages ; les journaux, d'autre part, veulent être certains que les agences auxquelles ils donnent leur confiance, feront des efforts pour leur amener les souscriptions de nombreux annonceurs.

Il en résulte qu'entre les agences et les publicateurs, sont passés des contrats réglant les conditions dans lesquelles les contrats de publicité seront conclus à l'avenir.

Nous allons examiner les clauses essentielles de ces contrats qui forment cette deuxième espèce, en opposition avec la première espèce dans laquelle aucun accord préalable n'était intervenu entre le publicateur et l'agence.

*
* * *

Que promet le publicateur à l'agence qui doit lui apporter des ordres de publicité ?

D'abord une rémunération. Celle-ci consiste ordinairement en une commission sur les affaires apportées ; de plus, le publicateur peut traiter avec l'agence à un tarif de faveur, sensiblement inférieur au tarif ordinaire ou « prix fort ».

Par exemple : si la ligne d'annonces de la quatrième page est tarifiée 20 francs aux annonceurs qui se présentent directement aux bureaux du journal, le publicateur pourra ne la tarifier que 16 francs à l'agence, à laquelle il accordera encore une commission de 25 0/0. Le bénéfice de l'agence résultera de ce qu'elle aura payé la ligne d'annonce 12 francs et l'aura cédée à 20 francs.

La commission pourra être progressive et atteindre 30 ou 40 0/0 à partir d'un certain chiffre d'affaires. A l'inverse, elle pourra être très réduite ou même inexistante jusqu'à ce que l'agence ait procuré au journal un minimum de recettes.

Voilà ce que promet normalement le publicateur.

Mais dans certains cas, il s'engage aussi vis-à-vis de l'agence à n'avoir recours qu'à ses seuls services, et même à lui, tenir compte des annonces apportées directement au journal.

Cette exclusivité est sujette à de nombreuses modalités. Tantôt le journal promettra à l'agence de lui laisser le champ libre pour toute la publicité du journal, à toutes les pages et quels que soient les annonceurs, tantôt le journal fera des restrictions à la concession accordée : il

se réservera le droit de recevoir à ses bureaux, soit des annonces quelconques, soit la seule publicité financière ou rédactionnelle, soit les « petites annonces », soit, s'il est publié en province, les annonces provenant des commerçants du lieu où le journal est édité, etc...

En échange, que promet l'agence de publicité ?

Parfois, simplement d'apporter à la recherche des annonceurs les soins d'un bon commerçant.

Mais le plus souvent, l'agence s'engagera à procurer au journal un minimum de recettes. C'est généralement en échange de cette promesse que le journal fera profiter l'agence d'un tarif de faveur.

Quand le journal promet à l'agence de n'avoir recours qu'à ses seuls services et quand l'agence promet un minimum de recettes, on dit que l'agence est « régisseur des annonces du journal ».

Enfin, l'agence ne réservera pas ses services à un seul publicateur. Au contraire elle s'efforcera d'obtenir des conditions avantageuses dans plusieurs journaux, afin d'avoir à sa disposition un choix suffisant d'emplacements d'annonces pour satisfaire sa clientèle (1).

Comment procédera l'agence pour recueillir les ordres de publicité ? Nous l'examinerons à la section suivante.

1. On pourrait théoriquement supposer qu'une agence de publicité réserve ses services à un seul publicateur, par exemple à un publicateur de plusieurs journaux. En pratique, une telle hypothèse ne se présente guère : les agences pour satisfaire leur clientèle, doivent être en relation avec un grand nombre de périodiques ou tout au moins avoir la liberté de le faire. Les annonceurs ne leur confieront la direction de leur publicité que dans ces conditions.

Mais on peut se demander quelle est la nature du contrat qu'ilierait ces agences aux publicateurs. A notre sens, ce serait un louage de services accompagné de mandat. Ce contrat serait analogue à celui qui lie les commerçants à leurs représentants de commerce.

Disons, pour le moment que l'agence ne se contentera pas toujours de jouer le rôle du courtier, c'est-à-dire de mettre les parties en présence en demeurant étrangère à la conclusion du contrat. Au contraire, elle sera partie du contrat.

Tantôt, elle traitera avec les annonceurs au nom du publicateur qui l'en aura chargée.

Mais le plus souvent, l'agence traitera avec les annonceurs *en son nom*. Elle s'engagera personnellement envers eux à faire paraître l'annonce qu'elle fera exécuter en vertu de la convention qui la lie au publicateur. De plus, elle garantira au publicateur le paiement de l'annonce.

La seconde hypothèse, c'est-à-dire celle où l'agence traite avec les annonceurs en son nom, est la plus fréquente. C'est celle qu'envisage le Code des Usages de la publicité, quand il définit l'agence : « L'agent de publicité cité est l'intermédiaire qui reçoit pour son propre compte les ordres de sa clientèle et les fait exécuter en traitant à son tour avec les organes.

« Son rôle se différencie de celui du courtier, par le fait qu'il facture lui-même au client et paie les organes auprès desquels il est ducroire (1). »

Bien que le Code des Usage soit muet sur ce point, la première hypothèse se réalise aussi. Comme nous allons le voir, la définition juridique de notre contrat est la même dans les deux cas.

* * *

Quand le publicateur ou fermier et l'agent ont réglé de la sorte leurs rapports, quelle est la nature juridique du contrat qui les lie.

1. Code des Usages, art. 35.

Deux opinions sont en présence.

1° *N'est-ce pas un louage d'ouvrage ?* Selon M. Feltaine les rapports du publicateur et de l'agence seraient les mêmes que ceux du publicateur et de l'annonceur. Le contrat qui les lie serait donc un louage d'industrie : « L'agence aura, au regard du journal la même situation « qu'un particulier. S'il y a, en effet louage d'industrie « quand le journal s'oblige envers un particulier à insérer « une annonce, pourquoi le contrat changerait-il de « nature, parce que le contrat porte sur plusieurs annonces, « ou parce que la personnalité du maître est différente ? » (1)

L'idée de M. Feltaine sur l'identité de nature du contrat passé avec un particulier qui utilisera lui-même son droit d'insérer l'annonce et du contrat passé avec un intermédiaire, nous semble excellente. Nous l'avons déjà adoptée à propos des rapports du publicateur et du fermier et à propos de notre première espèce des rapports de l'agence et du publicateur.

Mais elle ne nous paraît pas applicable à l'espèce présente.

Qu'il y ait louage d'ouvrage quand le publicateur s'engage vis-à-vis d'une agence à faire paraître une ou plusieurs annonces ou même consent à l'agence des prix de faveur, cela nous paraît tout à fait exact. C'est le cas prévu à notre première espèce.

Qu'il en soit de même quand l'agence, certaine que le placement à sa clientèle sera facile, a retenu ferme telle page pour une période déterminée ou à jours fixes, et a versé ou promis en échange un prix forfaitaire, nous l'admettons volontiers puisque nous savons qu'il s'agit d'une variété du contrat d'affermage.

1. Feltaine, p. 170.

Mais, dans l'espèce présente, il y a autre chose : on ne peut pas dire que le publicateur promet seulement à l'agence d'insérer des annonces : cette promesse en effet serait bien indéterminée puisque le nombre et l'importance des annonces à insérer dépendront de l'activité de l'agent.

Reprenons notre comparaison avec la vente.

Un fabricant désire écouler ses produits par l'intermédiaire de négociants en relation avec des consommateurs.

D'abord il pourra vendre directement et ferme ses produits à des négociants qui sont sûrs de leur placement. Dans le domaine de la publicité nous trouvons une situation analogue : celle du fermier ou de l'intermédiaire qui souscrivent ferme une page d'annonces pendant une période déterminée, parce qu'ils sont sûrs de la placer à leur clientèle. Dans l'hypothèse du fabricant il y a vente, exactement comme si le fabricant avait traité avec les consommateurs ; dans l'hypothèse de l'agent de publicité il y a louage d'ouvrage comme si le publicateur avait traité directement avec l'annonceur.

Mais le négociant, au lieu d'acheter d'avance des produits qu'il compte revendre, peut aussi ne les acheter qu'au fur et à mesure des demandes de sa clientèle. Le fabricant, sachant qu'il vend à un intermédiaire, le fera bénéficier du tarif de faveur ou lui versera une commission sur les prix forts. Dans le domaine de la publicité, nous trouvons exactement la même situation : c'est celle que nous avons étudiée dans notre première espèce. De même que la vente ne change pas de caractère dans l'hypothèse du fabricant, de même dans l'hypothèse de l'agent de publicité il y a toujours louage d'industrie.

Mais notre fabricant peut procéder de toute autre façon. Au lieu de céder directement ses produits au négociant, il

peut se contenter de les mettre à sa disposition pour qu'il puisse les vendre à ses clients. Ceux-ci les achèteront au négociant comme s'ils lui appartenaient. Mais en réalité le fabricant ne les lui a pas vendus, il les a simplement mis à sa disposition pour qu'il puisse les vendre et il lui a donné mandat de le faire.

La situation de l'agent de publicité dans l'espèce présente est la même : le publicateur ne lui a pas loué ses services comme il les a loués au fermier, il l'a simplement chargé de les louer à des annonceurs.

Mais le contrat par lequel un individu charge un commerçant de faire certains actes de commerce, est justement défini dans le Code de commerce : c'est le contrat de commission.

Et le contrat qui lie le publicateur et l'agent, dans l'espèce présente, serait justement un contrat de commission selon l'article 94 du Code de commerce.

2° *C'est un contrat de commission.* C'est l'opinion de M. Duplat (1), M. Albucher l'admet également (2). Il nous reste à démontrer son exactitude.

MM. Lyon-Caen et Renault définissent ainsi le contrat de commission : « La commission est un contrat par lequel
« un commerçant, qualifié de commissionnaire, s'oblige
« moyennant une rémunération qu'une autre personne
« appelée commettant, s'engage à lui payer, à faire pour
« le compte de ce commettant, soit en son nom, soit
« même au nom du commettant, une ou plusieurs opéra-
« tions de commerce déterminées (3). »

1. Duplat, p. 73.

2. Albucher, p. 32.

3. Lyon-Caen et Renault, III, 418.

Cette définition appelle une remarque :

Elle exprime, à propos d'une question discutée, un avis très précis.

On s'est demandé, en effet, comment il fallait interpréter l'article 94 du Code de commerce, définissant le contrat de commission. En quoi la commission diffère-t-elle du mandat ? Les uns ont dit que le mandataire agissait au nom de son mandant, tandis que le commissionnaire agissait en son propre nom (1). Cette opinion est aujourd'hui à peu près abandonnée, sauf par la jurisprudence qui parfois semble s'y rallier sans toutefois se prononcer franchement (2).

L'opinion admise aujourd'hui est que le commissionnaire se distingue du mandataire par la nature de l'opération dont il est chargé. Il y a commission toutes les fois que l'acte à accomplir est un acte de commerce : peu importe que le commissionnaire agisse en son nom ou au nom du commettant (3).

Cette controverse n'a pour nous qu'un intérêt secondaire puisque l'agence de publicité traite, la plupart du temps avec les annonceurs *en son nom*. Suivant l'une ou suivant l'autre de ces opinions, il conservera toujours sa qualité de commissionnaire.

Ce n'est que dans l'hypothèse où l'agent traite avec les annonceurs, *au nom du publicateur*, que la controverse offrira un intérêt. Or nous voyons que, selon l'opinion au-

1. Bravard et Demangeat, *Traité de Droit commercial*, II, 267 ; Lacour, *Précis de Droit commercial*, I, 938.

2. Cass., 24 juillet 1852. D. 1852. I. 254 ; Cass., 30 avril 1853. D. 1853. 5. 140.

3. Lyon-Caen et Renault, III, 414 ; Thaller n° 1114 ; Ruben de Couder V° *Commissionnaires*, n° 2 ; Boistel, 510 ; Delamarre et Le Poittevin, II, 14.

jourd'hui admise, l'agent est encore commissionnaire. Notre définition a donc une portée générale.

Reprenons la définition de MM. Lyon-Caen et Renault. Nous y retrouvons exprimés en termes généraux, les traits caractéristiques essentiels du contrat que nous étudions.

1° *Le commissionnaire est un commerçant — indépendant — et qui fait des actes de commerce dans un but professionnel.* — Nous savons que l'agence de publicité rentre dans la catégorie des « bureaux d'affaires » auxquels l'article 632, § 4 du Code de Commerce donne le caractère commercial. L'agent de publicité est donc un commerçant; et cela suffit (1): peu importe que le publicateur ait ou non cette qualité.

L'agent de publicité étant un commerçant, les contrats de publicité qu'il passe avec les publicateurs et avec les annonceurs sont des actes de commerce. Il le fait en outre dans un but professionnel. Ajoutons qu'une des principales caractéristiques des commissionnaires est leur indépendance. C'est ce qui les distingue des représentants de commerce: « à la différence des commissionnaires qui « offrent leurs services au public, en général, le représentant de commerce se charge des opérations à faire « sur une place pour une ou plusieurs maisons seulement...

« En fait, quand le représentant de commerce se charge « de représenter plusieurs maisons, celles-ci exercent le « plus souvent des commerces différents; car il ne pourrait pas agir conformément à l'intérêt particulier de « chaque concurrent (2) ».

1. Lyon-Caen et Renault, III, 415; Lacour, I, 319; *Contra*: Boistel, n° 511.

2. Lyon, Caen et Renault, III, n° 417.

L'agent de publicité, au contraire, ne défend pas les intérêts de tel ou tel journal. Il transmet indifféremment à l'un ou l'autre les ordres qu'il a sollicités et obtenus de sa clientèle d'annonceurs, de même qu'un commissionnaire de vente peut fournir à sa clientèle des produits provenant de maisons concurrentes pour chacune desquelles il fait des actes de commission. Nous avons déjà signalé cette différence.

2° *Le commissaire s'engage à faire des actes de commerce pour son commettant.* — Au fond leurs rapports juridiques, entre eux, sont ceux d'un mandant et d'un mandataire (1) avec cette différence que l'objet du contrat est toujours un acte de commerce.

Mais ces actes de commerce peuvent être variés : achats et vente de marchandises, affrètement d'un navire, tirage ou acceptation d'une lettre de change, etc...

L'acte de commerce que l'agent de publicité s'engagera à faire vis-à-vis du publicateur, sera le placement de la publicité du journal. Bien qu'il n'y ait, au point de vue juridique aucune analogie entre le contrat de publicité et le contrat de vente — nous l'avons répété plusieurs fois — on voit combien il y a d'analogies entre leurs mécanismes *économiques* et en particulier entre celui de la commission de vente et celui des rapports du publicateur et de l'agent.

L'agent de publicité ressemble singulièrement aux commissionnaires de vente qui se chargent d'écouler les produits de leurs commettants sur une place déterminée et à une clientèle qu'ils ont créée.

Comme eux, il reçoit d'un commettant qui est le publicateur, l'ordre d'écouler un produit qui est la publicité, à un tarif généralement fixé, mais parfois indéterminé.

1. Bedarride, *Commissionnaires*, n° 9; Lyon-Caen, III, 421 bis.

3^o *Le Commettant s'oblige à payer une commission au commissionnaire.* — Cela ne signifie pas seulement que le contrat de commission n'est pas gratuit, mais qu'une de ses caractéristiques essentielles est le service rendu par le commissionnaire, service qui est payé par la rémunération.

Dans le contrat que nous étudions, le publicateur charge l'agent de lui procurer le placement de ses pages d'annonces; en échange de ce service, il lui promet une rémunération. La forme habituelle de la rémunération est la commission, c'est-à-dire un pourcentage sur les affaires conclues. Mais le publicateur peut se contenter de promettre à l'agent le bénéfice d'un tarif de faveur. La forme importe peu.

Souvent les choses se passent ainsi : le publicateur promet à toute agence, quelle qu'elle soit, même si elle n'a pas réglé les conditions de ses services par une convention préalable, une commission sur le « prix fort » ; quand une agence a pris des engagements vis-à-vis du publicateur, en vue de lui procurer un certain chiffre de publicité, ce dernier lui accorde, en outre, un tarif de faveur.

C'est, du reste, une clause qu'on rencontre fréquemment dans les contrats de commission de vente de marchandises.

En résumé, quand le publicateur et l'agence ont déterminé en un accord préalable, les conditions dans lesquelles les contrats de publicité seront conclus entre eux ; quand il résulte de cet accord que l'agent de publicité — qui est un commerçant — est chargé par le publicateur d'écouler sa publicité, et qu'en échange de ses ser-

vices il touchera une rémunération, nous sommes en présence d'un contrat de commission.

Et notre contrat ne change pas de nature selon que l'agent traite avec les annonceurs au nom du publicateur ou en son propre nom ; non plus quand l'agent est régisseur des annonces du journal, c'est-à-dire quand le publicateur lui a confié, et à lui seul, le soin d'exploiter toute la publicité de son journal.

* * *

Nous pouvons maintenant conclure. L'agent de publicité, au sens restreint du mot (c'est-à-dire opposé au fermier d'annonces) est, vis-à-vis du publicateur tantôt un locateur d'industrie, tantôt un commissionnaire.

Il est un locateur d'industrie quand il se contente de stipuler du publicateur l'insertion d'annonces à un tarif de faveur. Il est un commissionnaire quand, dans une convention antérieure, il a promis au publicateur, en échange d'une rémunération, ses efforts et ses soins pour lui procurer des souscriptions d'annonces.

Il ne faudrait pas exagérer la différence qui existe entre ces deux espèces.

Dans le contrat de commission, le commettant charge le commissionnaire de faire certains actes de commerce. Mais on sait que ces actes de commerce sont de nature variable : le commettant peut charger le commissionnaire d'un achat, d'une vente, d'un louage, etc...

Or quel est l'objet du contrat de commission passé entre le publicateur et l'agence ? On l'a vu : c'est justement la conclusion de contrats de publicité, c'est-à-dire de contrats de louages d'industrie : le publicateur donne mandat

à l'agent de conclure des actes de publicité, c'est-à-dire de louer sa propre industrie.

On voit ainsi que dans les deux espèces étudiées le fond des contrats est le même. Tantôt le publicateur loue son industrie à l'agent, et c'est en vertu de ce contrat que l'agent obtiendra l'insertion des annonces de ses clients; tantôt le publicateur donne mandat à l'agent de louer son industrie et c'est en exécution d'un contrat de commission que l'agent obtiendra le même résultat.

§ 2. — Conséquences

Nous ne nous arrêterons pas à la *première espèce* présentée au paragraphe précédent. Elle suppose l'absence de conventions préalables entre le publicateur et l'agent; et le contrat conclu entre ces parties ne diffère pas du contrat conclu directement entre le publicateur et l'annonceur.

Une nuance est cependant à signaler. L'agent ne se propose pas d'utiliser lui-même le droit à l'insertion de l'annonce qu'il a stipulé, mais de le céder à un tiers. C'est dans ce but qu'il a contracté et l'intention commune des parties est justement de lui permettre d'atteindre ce résultat. A ce point de vue, sa situation se rapproche plutôt de celle du fermier que de celle de l'annonceur.

Le Contrat de Commission qui est à la base de la *deuxième espèce* offre certaines particularités qu'il est nécessaire d'examiner.

1^o COMMERCIALITÉ DU CONTRAT

Nous appliquerons ici les mêmes règles que pour le fermier des annonces. Vis-à-vis du publicateur le contrat

est commercial si l'exploitation du journal constitue un acte de commerce. Vis-à-vis de l'agent le contrat est toujours commercial, l'entreprise de publicité étant à la fois un « bureau d'affaires » et une entreprise de « Commission » (1). (Code de commerce art. 632, § 2 et 3).

2° OBLIGATIONS DU PUBLICATEUR

Les rapports du commettant et du commissionnaire sont réglés suivant les dispositions du Code civil relatives aux obligations du mandant et du mandataire (C. com., art. 94).

Or, le « mandant est tenu d'exécuter les engagements « contractés par le mandataire conformément au pouvoir « qui lui a été donné (C. civ., art. 1998). »

Dans le contrat de commission qui forme notre deuxième espèce, le publicateur charge l'agent de conclure des contrats de publicité avec des tiers. Il devra donc exécuter les engagements pris par l'agent vis-à-vis des annonceurs, c'est-à-dire : 1° faire paraître les annonces et 2° les faire paraître dans des conditions telles que les annonceurs puissent en retirer la publicité escomptée et que l'agent n'ait pas sa responsabilité engagée à leur égard, pour ce motif.

L'obligation du publicateur vis-à-vis de l'agent est donc la même que vis-à-vis du fermier ou de l'annonceur. Nous renvoyons ce qui a été dit à ce propos (2).

En principe, le publicateur doit faire paraître toutes les annonces apportées par l'agent. Cette règle souffre deux exceptions.

D'abord, le publicateur peut refuser les annonces quand il a un motif légitime : nous avons dit ce qu'il fallait en-

1. Paris, 5 août 1873. *J. Trib. Com.* 1874, p. 62.

2. *Supra.*, p. 147 et 207.

tendre par là (1). Ensuite les clauses du contrat comportent parfois des restrictions au droit de l'agent. Souvent les journaux de province par exemple se réservent la clientèle de la ville ou de l'arrondissement où la feuille est publiée; d'autres ont soin de ne pas confier à l'agent certains genres de publicité, tels que la publicité financière, ou même toute la publicité rédactionnelle.

De même que l'agent en dehors de toute clause contraire, a le champ libre pour recruter sa clientèle, de même le publicateur, conserve toute son initiative pour sa publicité dans la mesure où le contrat n'y a point dérogé. Il peut confier simultanément à plusieurs agences le soin de traiter avec la clientèle et même recevoir directement des ordres de publicité.

Quand le publicateur fait paraître une annonce apportée par l'agent, il doit l'insérer exactement conforme au modèle donné.

Cette règle paraît évidente et il semble qu'aucune difficulté ne devrait surgir à ce propos. Or, certains publicateurs se plaisent à supprimer la *signature* de l'annonce, c'est-à-dire la mention indiquant le nom de l'agence qui l'a rédigée ou qui a composé la maquette. Leur but est de ne pas faire une publicité supplémentaire à l'agence qui est peut-être concurrente du publicateur ou de son fermier. Quand un annonceur, en effet, se propose d'engager des sommes importantes pour sa publicité il a soin d'examiner la publicité des autres; et s'il remarque une annonce bien composée et bien présentée, il est porté à s'adresser à l'agence qui en est l'auteur (2).

1. *Supra.*, p. 148.

2. Semaine de la publicité, rapport de M. Louis Serre, *Bull. ch. Syndic.*, n° 33, p. 16.

Le publicateur, il est vrai, n'est tenu, par son contrat, que d'insérer l'annonce du client de l'agent. Mais on peut répondre aisément qu'une annonce dont la présentation à souvent une valeur sinon artistique au moins commerciale, est inséparable de la signature de son auteur.

Le publicateur enfin doit verser à l'agent la commission promise, sur toutes les affaires apportées par celui-ci. Si l'agent à la Régie des annonces de la feuille, c'est-à-dire s'il a été stipulé que tous les ordres de publicité devraient passer par son intermédiaire, le publicateur lui est redevable des commissions correspondant aux ordres reçus directement aux bureaux du Journal.

3^e OBLIGATIONS DE L'AGENT

L'agent doit rendre compte de l'exécution et des résultats de sa mission (C. civ., art. 1993).

Généralement le contrat fixe le tarif des annonces ou déclare que le tarif habituel du journal est applicable, ou encore laisse à l'agent une certaine latitude pour traiter avec les annonceurs. Dans ce dernier cas, comme au cas où aucun tarif applicable n'a été stipulé, l'agent est tenu d'agir en commerçant soigneux.

Quant un tarif a été fixé, l'agent doit s'y conformer. S'il réussit à traiter à des conditions meilleures, il ne peut garder pour lui la différence (C. civ., art. 1983), à moins que le publicateur se soit contenté de fixer un tarif minimum et ait laissé à l'agent la liberté de traiter comme il lui plaît. Inversement, l'agent ne doit pas traiter à des conditions inférieures au tarif fixé. Peut-il abandonner à son client une partie de sa commission ? En principe oui,

mais le Code des Usages (art. 27). considère qu'il y a un acte de concurrence déloyale quand il agit ainsi pour concurrencer une autre agence. Peut-il traiter avec son client à des conditions inférieures au tarif fixé et payer la différence au journal ? En principe oui. Mais le publicateur peut juger que ces agissements sont de nature à déprécier la publicité de son journal et peuvent lui être nuisibles pour l'avenir : il y a là une question d'interprétation pouvant légitimer un refus (1).

L'agent peut avoir été mis en relation avec ses clients par l'entreprise de courtiers à qui il a versé des commissions. Ces commissions sont-elles comprises dans la remise que lui consent le journal ou doivent-elles être déduites du prix versé au publicateur ? Si le contrat stipule un prix que le publicateur doit payer à l'agent, celui-ci doit le verser intégralement, le publicateur n'a pas à se préoccuper des commissions ou des rabais que l'agent a dû consentir pour enlever l'affaire. Mais si aucun tarif n'a été stipulé ou si le publicateur a laissé à l'agent une certaine latitude, il a été jugé que l'agent était redevable non pas des sommes versées par ses clients, mais des sommes réellement perçues par lui, c'est-à-dire déduction faite des commissions et courtages abandonnés à ceux qui lui ont procuré l'affaire (2).

Souvent une agence fait avec ses clients une « combinaison » c'est-à-dire que, moyennant un prix global, elle traite pour l'insertion d'annonces dans plusieurs journaux, dont la valeur, au point de vue de la publicité peut être inégale. Qui devrait apprécier la part qui revient à chaque journal ? Ce n'est pas l'agence, et pourtant elle seule est

1. Duplat, p. 78.

2. Paris, 8 août 1889. *J. tr. Com.*, 1890, p. 428.

à même de le faire. Aussi pour éviter ces appréciations arbitraires, le journal devra avoir soin de fixer au moins un tarif minimum (1).

A défaut de disposition dérogatoire du droit commun, le commissionnaire ne saurait être tenu de ses fautes autrement qu'un mandataire. Seulement à raison même de ce que le commissionnaire est salarié, sa responsabilité doit être appréciée plus sévèrement que celle d'un mandataire gratuit (C. civ., art. 1992). S'il s'est conformé aux ordres du commettant, il n'est responsable que s'il commet des fautes dont un commerçant sérieux ne se rendrait pas coupable (2).

En particulier s'il a accepté les ordres d'un tiers notoirement insolvable ou dont les affaires sont en mauvais état, il est responsable du défaut de paiement du prix (3). Mais il ne l'est pas si l'insolvabilité du tiers est survenue postérieurement à la conclusion du contrat (4). Ce commettant peut être garanti contre tout défaut de paiement, de quelque cause qu'il provienne, par une convention de *ducroire*.

Cette convention est fréquente dans les contrats passés entre les publicateurs et les agents.

Mais peut-on la considérer comme sous-entendue dans tous les contrats de ce genre ?

On admet généralement que la qualité de ducroire du commissionnaire peut résulter de l'usage (5). Or le Code

1. Duplat, p. 76.

2. Lyon-Caen et Renault, III, 433.

3. Trib. Com. Marseille, 13 juill. 1849. *Rec. Marseille*, 1849.1.256.

4. Lyon-Caen et Renault, III, 449.

5. Lyon Caen, et Renault-III, 450.

des Usages de la publicité, précise que l'agent « paie les organes auprès desquels il est du croire (art. 35) ».

Mais comme le Code des Usages, ainsi que nous l'avons signalé, ne se borne pas toujours à fixer les usages existants et tend à donner des directives aux co-contractants, le publicateur qui désire être complètement à l'abri, sera prudent en insérant dans son contrat la clause de du croire.

4^e CESSIION ET FIN DU CONTRAT

L'agent de publicité peut se substituer un tiers. Mais l'article 1994 du Code civil distingue deux cas différents selon que la substitution a été autorisée ou non par le mandant.

Dans le premier cas, l'agent n'est responsable des actes du substitué que si celui-ci était, lors du choix, notoirement incapable ou insolvable.

Dans le second cas, il répond des actes du substitué comme des siens propres.

En cas d'impossibilité de remplir sa mission, l'agent peut également désigner un remplaçant.

Le contrat prend fin par la révocation de l'agent par le publicateur (C. civ., art. 2003) à moins qu'il n'y ait eu entre les parties un engagement formel relatif à la durée du contrat (1).

L'agent à défaut de stipulation de ce genre, peut également renoncer au contrat, mais il doit indemniser le publicateur du préjudice causé, à moins que sa décision ne repose sur une cause légitime (C. civ. art. 2007).

1. Trib. com. Seine, 30 déc. 1893. *La Loi*, 8 fév. 1894.

La mort du commettant et la mort du commissionnaire mettent fin au contrat (1). Il en est de même de la disparition du journal (2). La responsabilité du publicateur dans ce cas doit être envisagée de la même façon qu'à propos du contrat conclu directement avec l'annonceur.

Ce contrat prend fin également par la faillite du publicateur ou de l'agent. En cas de faillite de l'agent, le publicateur a un privilège sur les sommes dues à l'agent par les annonceurs, à condition toutefois qu'au moment de la déclaration de faillite ou de liquidation judiciaire, le prix n'en ait été ni payé ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant (C. com., art. 575).

SECTION II

RAPPORTS DE L'AGENT DE PUBLICITÉ ET DE L'ANNONCEUR

§ 1. — Analyse et nature juridique des contrats

Examinons maintenant les rapports de l'agence de publicité et de l'annonceur, dans les deux espèces que nous avons distinguées à la section précédente.

Première espèce. — Rappelons que dans cette première espèce l'agent se borne à stipuler du publicateur l'insertion d'une annonce sans qu'il soit intervenu entre eux aucune convention préalable. Analysons maintenant les rapports de cet agent avec l'annonceur. « Le commerçant est sollicité par une agence de publicité il contracte

1. Le Code des Usages prétend que le contrat peut être continué après la mort de l'agent, soit par un successeur désigné par lui, soit par sa veuve ou ses héritiers, sauf incapacité notoire (art. 36 et 33 cbns).

2. Cas., 17 nov. 1868, S. 1869 I. 175.

« avec elle. Celle-ci se charge de réaliser la publicité, le
« commerçant s'engage, en échange à lui verser une cer-
« taine somme en rémunération de ses services. »

C'est en ces termes généraux que M. Feltaine pose le problème (1). M. Feltaine montre d'abord l'analogie qui existe entre ce contrat et celui qui est conclu directement entre l'annonceur et le publicateur. Dans un cas comme dans l'autre, en effet, l'annonceur promet un prix et l'agent comme le publicateur, s'oblige à faire paraître l'annonce en échange de ce prix. Il semble qu'on pourrait en conclure que les deux contrats sont de même nature. Que le publicateur promette l'insertion d'une annonce dans son journal ou que l'agent promette l'insertion de cette même annonce dans ce même journal, nous sommes toujours en présence d'un contrat d'entreprise (2). M. Feltaine repousse cette opinion : « C'est qu'en effet, dans le louage
« d'industrie le locateur promet bien qu'un ouvrage déter-
« miné sera exécuté, mais c'est lui-même qui l'exécute,
« tandis que l'agence de publicité ou le courtier d'annonces
« promettent que l'annonce sera publiée, mais ils ne la pu-
« blient pas eux-mêmes : ils la font publier par un tiers... »
Que dit en effet l'agence à son client : « Je m'engage à ce
« que votre annonce paraisse dans tel journal, c'est à-dire,
« je m'engage à ce que telle feuille publie votre annonce.
« Vous n'aurez pas affaire au journal, qui vous restera
« étranger, c'est moi seul que vous connaîtrez, moi seul
« qui assumerai toute la responsabilité de la réalisation de
« la publicité (3) ».

Comme le publicateur n'est pas le préposé de l'agent,

1. Feltaine, p. 144 et suiv.

2. Albucher, p. 30.

3. Feltaine, *loc. cit.*

M. Feltaine conclut : « L'intermédiaire promet le fait d'un tiers : il s'oblige par suite à faire auprès de ce dernier les démarches nécessaires, à mener à bien toutes les négociations utiles pour qu'il réalise l'annonce : il s'engage, en un mot à former avec lui un contrat dont l'objet sera précisément l'acte de publicité (1) ».

Or, il existe deux contrats par lesquels l'une des parties charge l'autre de faire quelque chose : le mandat et la commission. M. Feltaine repousse le mandat, qui implique représentation du mandant par le mandataire et qui est constitué en vue d'un acte civil. Il s'arrête au contraire à la commission.

Rappelons la définition de MM. Lyon-Caen et Renault du contrat de commission : « La commission est un contrat par lequel un commerçant, qualifié de commissionnaire, s'oblige, moyennant une rémunération que l'autre s'oblige à lui payer, à faire, pour le compte de ce commettant, une ou plusieurs opérations de commerce déterminées (2) ».

Ne retrouvons-nous pas dans cette définition les éléments essentiels du contrat conclu entre l'annonceur et l'agent ?

1° L'agent qui s'engage à faire paraître les annonces s'oblige à faire des opérations de commerce pour le compte de l'annonceur. Nous savons en effet que l'acte de publicité est commercial, du moins quand l'annonceur est commerçant. De plus, l'agent agit professionnellement. Enfin il est indépendant : il peut agir simultanément pour le compte de plusieurs annonceurs et n'est le préposé d'aucun d'eux.

1. Feltaine, p. 116.

2. Lyon-Caen et Renault, III, p. 373.

2° Selon la définition citée plus haut, le commissionnaire s'oblige « moyennant une rémunération ».

Est ce que l'annonceur promet à l'agent une rémunération en paiement de ses services ?

Cela n'aurait rien de surprenant. Mais en pratique il n'en est rien. Il est rare que l'agent touche une commission des mains de l'annonceur.

Mais il ne faut pas en conclure que l'agent de publicité agit dans un but de bienfaisance. S'il ne sollicite aucune rémunération de l'annonceur, c'est qu'il trouve son bénéfice autre part.

Nous avons vu, en effet, quand nous avons examiné les rapports de ce même agent avec le publicateur, que ce dernier rémunérait l'agent soit en lui versant une commission sur les ordres apportés, soit en le faisant bénéficier d'un tarif de faveur, soit par les deux procédés à la fois.

Les rémunérations ainsi versées aux agents constituent pour eux des bénéfices suffisants de sorte qu'ils n'ont pas besoin de solliciter quoi que ce soit de l'annonceur, même quand ils lui rendent des services, par exemple en organisant leur campagne de publicité. La concurrence aidant, certaines agences font même aux annonceurs des ristournes sur les commissions que les publicateurs leur verseront.

Reprenons l'exemple du chapitre précédent. Un journal tarifie sa ligne d'annonces 20 francs. Cela signifie que si un annonceur se présente directement aux bureaux du journal (nous supposons que la publicité de ce journal n'est ni affermée, ni confiée entièrement à un régisseur d'annonces) le journal lui tarifiera la ligne à ce prix.

Mais aux agences il déduira de ce prix une commission de 20 0/0 : la ligne leur reviendra donc à 16 francs. Et à

certaines agences qui lui ont promis de lui apporter un chiffre important de publicité, il la comptera encore moins cher, 14 francs par exemple.

L'annonceur n'a aucun intérêt à traiter directement avec le publicateur. Au contraire, s'il traite avec l'agent, il profitera, pour le même prix, de l'expérience et des qualités de celui-ci pour l'organisation de sa campagne de publicité. Enfin, si l'annonceur prévoit à son budget un chiffre important de publicité et si plusieurs agents sollicitent concurremment la mission de diriger sa publicité, il pourra exiger de celui à qui il procurera indirectement d'importants bénéfices, une ristourne sur les commissions que le publicateur lui versera.

Cette absence de rémunération n'est-elle pas en contradiction avec la définition du contrat de commission ?

En aucune façon. La rémunération dont le commissionnaire doit bénéficier n'est pas forcément une somme que le commerçant s'oblige à lui verser (1). Elle peut résulter d'une différence entre le prix payé par le commettant et celui qui est facturé par le publicateur au commissionnaire.

Il y a même une variété très répandue du contrat de commission où la rémunération du commissionnaire est ainsi comprise ; c'est la commission de transport, dans laquelle le commissionnaire traite avec le commettant à un tarif donné et tire son bénéfice du tarif de faveur que lui applique le voiturier (2).

Le contrat conclu entre l'annonceur et l'agent de la pre-

1. MM. Lyon-Caen et Renault l'admettent malgré les termes de leur définition (III. 465 et 562).

2. *Rép. gén.* Fuzier-Hermann. V^o *Commissionnaires* n^o 197 ; Lyon-Caen et Renault, III.465 ; Feltaine, p. 154.

mière espèce a donc bien toutes les caractéristiques du contrat de commission.

Deuxième espèce. — Dans la deuxième espèce, la situation n'est plus la même. Rappelons que dans cette hypothèse, l'agent est déjà le commissionnaire du publicateur qui l'a chargé de traiter avec les annonceurs. Est-il également le commissionnaire de l'annonceur ?

On pourrait le soutenir en appliquant strictement à cette espèce les observations que nous avons faites à propos de l'espèce précédente.

L'agent dirait-on, ne promet pas son propre fait, mais celui du publicateur ; il s'engage vis-à-vis de l'annonceur qui l'en a chargé à faire les démarches nécessaires pour la parution de l'annonce, il est donc le commissionnaire de l'annonceur.

Mais on doit bien remarquer que la situation est différente de celle de l'espèce précédente :

Si l'agent traite avec l'annonceur *au nom du publicateur*, il n'y a pas de difficultés : le contrat peut être considéré comme étant conclu directement entre l'annonceur et le publicateur, celui-ci étant représenté par l'agent, son mandataire, ou plus exactement son commissionnaire.

Mais s'il traite *en son propre nom*, ce qui est l'hypothèse normale, il ne faut pas en déduire qu'en s'engageant à faire paraître l'annonce, il promet le fait d'un tiers. A son égard, le publicateur n'est pas un tiers, mais son mandant, qui l'a chargé de traiter avec les annonceurs.

Quand il promet aux annonceurs d'insérer leurs annonces, il ne s'engage pas à faire des démarches auprès de tiers dans ce but : il fait bel et bien en son nom, une promesse, que les engagements du publicateur contenus

dans le contrat de commission lui permettront de tenir.

Un exemple emprunté à la commission d'achat, fera mieux comprendre ce raisonnement.

Supposons qu'étant à Paris, je veuille acheter un objet fabriqué à Londres. Je me rends chez un commissionnaire et le charge de l'opération. Le contrat conclu entre le commissionnaire et moi est un contrat de commission.

Il correspond à notre première espèce, celle où un annonceur charge un agent de traiter avec un publicateur.

Mais supposons maintenant que le fabricant de Londres ait à Paris un commissionnaire chargé par lui d'écouler sa marchandise sur la place de Paris. Je me rends chez ce commissionnaire et celui-ci me vend *en son nom* l'objet dont j'ai besoin.

Sommes-nous en présence d'un contrat de commission ? Aucunement, il n'y a qu'un simple contrat de vente. Et si le commissionnaire a pu me vendre l'objet appartenant à son commettant c'est parce qu'il en avait reçu mandat.

Il en est de même dans notre espèce. Quand l'annonceur traite avec l'agent qui a reçu mandat de louer l'industrie du publicateur, l'agent, en son nom, s'engage à faire paraître l'annonce. En réalité c'est le publicateur qui fera l'insertion ; mais l'agent peut quand même le promettre, puisque le publicateur l'a chargé de le faire.

Ainsi donc, les rapports de l'annonceur avec l'agent sont analogues dans cette espèce à ceux d'un *tiers* acheteur et d'un commissionnaire, qui a reçu de son commettant mandat de vendre. L'agent loue son industrie à l'annonceur.

§ 2. — Conséquences

Les contrats conclus entre un annonceur et un agent de publicité sont commerciaux ou civils dans les mêmes cas que les contrats conclus entre un annonceur et un fermier.

Première espèce. — Nous venons de voir que, dans cette première espèce, l'annonceur est un commettant chargeant son commissionnaire, l'agent de publicité, de faire paraître son annonce.

Le but poursuivi par l'annonceur est d'obtenir de l'agent la parution de son annonce, le but poursuivi par l'agent est d'obtenir de l'annonceur un prix en échange.

Jusqu'ici les prestations ne diffèrent pas de celles du contrat conclu directement entre l'annonceur et le publicateur.

Mais l'agent de publicité est un commissionnaire qui cherche à tirer profit de l'opération et dont le rôle consiste à transmettre au publicateur l'ordre d'annonce. Ce sont ces particularités relatives au contrat de commission que nous allons examiner ici.

1^o Obligations de l'agent. — L'agent doit exécuter les ordres de l'annonceur en commerçant sérieux. Il répondra non seulement de ses fautes lourdes mais encore de celles que ne commettrait pas un commerçant diligent (C. civ. art. 1992).

Il est même présumé en faute, et s'il invoque la force majeure pour échapper à sa responsabilité, il doit la prouver (1).

1. Feltaine, p. 152.

S'il se trompe dans l'indication du prix, s'il commet des erreurs en transmettant l'annonce, s'il la fait insérer à un emplacement ou à des dates autres que celles spécifiées par l'annonceur, il engage sa responsabilité.

Dans quel cas est-il responsable de l'inexécution des ordres donnés, c'est-à-dire de la non parution de l'annonce. Selon M. Feltaine l'agent serait, à l'égard de l'annonceur, un commissionnaire du croire : la convention des parties et l'usage lui donneraient cette qualité (1). Il en résulterait que l'agent serait responsable de l'inexécution du contrat, même en l'absence de faute de sa part et quand bien même il pourrait justifier d'un cas de force majeure.

Nous ne voyons pas ce qui justifie une pareille dérogation aux règles du droit commun. Si l'annonce ne paraît pas il est évident que l'annonceur ne devra pas en payer le prix. Mais, pourquoi l'agent serait-il tenu, en l'absence de toute stipulation contraire, de lui verser des dommages-intérêts, s'il n'y a aucune faute de sa part ?

M. Feltaine déduit son opinion d'un arrêt de la Cour de Paris rendant l'agent responsable à l'égard de l'annonceur à la suite d'un refus d'insérer l'annonce, opposé par le publicateur. (2).

Mais comme dans cette espèce le publicateur avait expressément spécifié à l'agent qu'il se réservait le droit absolu de refuser les annonces présentées et qu'il ne garantissait en aucune façon la date des insertions, l'agent était en faute en acceptant sans restriction, l'ordre d'annonce de son client. Il n'avait pas agi en commerçant soigneux et, de ce fait, avait engagé sa responsabilité.

2^e *Obligations de l'annonceur.* — L'annonceur doit d'abord fournir à l'agent les mêmes prestations que s'il

1. Feltaine, p. 149.

2. Paris, 6 août 1869. *Bull. arr.* Paris, 1869, p. 54.

s'était adressé directement au publicateur : payer le prix fixé et donner les indications nécessaires à la parution de l'annonce.

En outre il doit verser une commission à l'agent. Mais nous savons qu'en pratique l'agent, qui est déjà rénuméré par le publicateur, se borne à fixer à l'annonceur un prix, généralement conforme au tarif du journal et ne réclame rien de plus. Au contraire, il lui arrive parfois, d'abandonner à l'annonceur une partie du bénéfice qu'il est susceptible de retirer du tarif de faveur consenti à lui par le publicateur.

3° *Cession et fin du contrat.* — En principe l'agent peut se substituer un tiers pour l'exécution de sa mission. Si la substitution a été autorisée par l'annonceur, l'agent n'est responsable que si le substitué est notoirement incapable. Sinon l'agent répond des actes du substitué comme des siens propres. (C. civ. art 1994).

Les causes qui mettent fin au contrat de commission ont été examinées à propos du contrat de commission conclu entre le publicateur et l'agent (1). Nous n'y reviendrons pas.

Deuxième espèce. — Dans la deuxième espèce, l'annonceur traite avec un agent, qui, aux termes d'un contrat de commission, conclu entre celui-ci et le publicateur, a reçu mandat de ce dernier de traiter avec l'annonceur.

Mais l'agent traite en son nom propre. Il en résulte que les prestations promises par lui sont les mêmes que promettait un publicateur.

D'autre part l'annonceur promet à l'agent les mêmes prestations qu'il promettait au publicateur.

1. *Supra*, p. 238.

Dans ces conditions, le contrat conclu entre l'annonceur et l'agent commissionné par le publicateur, doit être interprété de la même façon que le contrat conclu directement entre l'annonceur et le publicateur.

CHAPITRE III

LA CONCESSION D'AFFICHAGE

SECTION I

RAPPORTS DU CONCESSIONNAIRE ET DU PROPRIÉTAIRE D'EMPLACEMENTS

Nous entendons par « concessionnaire d'affichage » toute entreprise de publicité qui a obtenu d'un ou plusieurs propriétaires d'emplacements moyennant un prix forfaitaire le droit d'y apposer des affiches, non pas afin de l'utiliser elle-même, mais afin de le céder à des annonceurs.

En pratique, on dit que telle agence est *concessionnaire* de l'affichage sur tels emplacements quand elle a traité avec un individu ou une société qui est propriétaire d'un grand nombre d'emplacements : une compagnie de transports pour l'affichage dans les voitures, les gares etc... un entrepreneur de travaux de voirie pour l'affichage sur les panneaux et palissades qui entourent les chantiers ; une commune pour l'affichage sur les monuments publics ou sur son domaine privé, etc. (1).

Le concessionnaire qui s'est ainsi assuré la jouissance d'un nombre important d'emplacements est alors en mesure de traiter avec les annonceurs.

Mais il peut avoir procédé autrement. Il a pu s'assurer

1. Trib. Com. Lyon, 29 août 1911. *Mon. jud. Lyon*, 19 janv. 1912.

un nombre aussi considérable d'emplacements en traitant avec des propriétaires qui n'ont qu'un pignon, des entrepreneurs de construction qui n'ont qu'une palissade, des directeurs de théâtre qui n'ont qu'un rideau, etc.

Dans les deux cas, le contrat conclu entre le propriétaire et l'agent d'affichage est le même. En échange du prix, le propriétaire promet au concessionnaire de le faire jouir d'un emplacement. Cette jouissance doit être conforme à l'intention des parties, c'est-à-dire limitée au droit d'y apposer des affiches.

Ce que le propriétaire promet au concessionnaire est exactement ce qu'il aurait promis à un annonceur s'il avait traité directement avec lui.

Or, nous avons suffisamment démontré que le contrat par lequel le propriétaire d'un emplacement concède à un annonceur le droit d'y apposer ses affiches est un louage de choses selon l'article 1709 du Code civil. Le contrat ne change pas de nature quand le preneur est, non plus un annonceur mais une entreprise commerciale qui cherche à tirer bénéfice en cédant à des annonceurs l'emplacement concédé. C'est toujours un louage de choses.

Deux points cependant sont à préciser. D'abord le contrat sera toujours commercial vis-à-vis du concessionnaire, même si les emplacements loués sont des immeubles. En effet, le concessionnaire est commerçant du fait qu'il est agent d'affaires, et tous les actes qui constituent son entreprise sont commerciaux.

Ensuite, l'intention commune des parties est de permettre au concessionnaire de tirer profit des emplacements en les sous-louant, alors que, dans le contrat conclu directement entre le propriétaire et l'annonceur, ce dernier

se proposait d'utiliser l'emplacement pour y faire sa propre publicité.

SECTION II

RAPPORTS DU CONCESSIONNAIRE D'AFFICHAGE ET DE L'ANNONCEUR

§ 1. — Analyse et Nature juridique du contrat

Quand l'annonceur obtient d'un propriétaire la jouissance d'un emplacement propre à l'affichage, il y a louage de choses (1).

Quand il l'obtient d'un concessionnaire, c'est-à-dire d'un individu qui l'a déjà acquise du propriétaire, il y a sous-location.

. . .

Mais en pratique, même dans l'hypothèse théorique où l'annonceur ne traite avec le concessionnaire que pour un ou plusieurs emplacements, à l'exclusion de tout autre mode de publicité, une difficulté sérieuse se présente.

Quand le concessionnaire acquiert d'un propriétaire la jouissance d'un emplacement, c'est bien en vertu d'un contrat de louage de choses. Mais quand il traite avec l'annonceur, il ne se contente pas, généralement de lui transférer la jouissance de l'emplacement ; souvent il s'engagera, en outre, à apposer l'affiche et à en assurer la conservation. L'annonceur n'aura qu'à fournir un nombre d'affiches déterminé et payer un prix forfaitaire ;

1. *Supra*, p. 40.

le concessionnaire devra non seulement lui assurer des emplacements, mais exécuter tous les travaux nécessaires au bon rendement de la publicité.

On comprend alors que certains aient pu, en envisageant l'ensemble du contrat passé entre l'annonceur et le concessionnaire, y voir un louage d'ouvrage ou d'industrie, *locatio operis* selon l'article 1710 du Code civil, c'est-à-dire « un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire « quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu « entre elles ».

On ne peut nier que le concessionnaire loue ses services à l'annonceur. Mais d'autre part on est bien obligé d'admettre qu'il transmet à l'annonceur la jouissance d'un emplacement propre à l'affichage et que par conséquent il y a bail.

Notre contrat, dans ce cas, est donc mixte : il tient à la fois du louage de choses et du louage d'industrie (1).

Le Code civil, du reste, se prête volontiers à la combinaison de ces deux contrats. Ainsi, dans le louage de choses, le bailleur peut être tenu de faire certains actes positifs qui sont compris dans son obligation de faire jouir le preneur, selon l'article 1719 du Code civil. Dans le louage d'industrie, l'entrepreneur, aux termes de l'art. 1787 peut être tenu de fournir non seulement son travail, mais aussi la matière.

1. Les exemples de contrats mixtes de ce genre sont fréquents : une compagnie de voitures est-elle en face du cocher travaillant à la moyenne un *locator* de voitures ou bien un *conductor operarum*, le cocher devant être considéré comme le salarié de la compagnie (Capitant, II, p. 519).

Un loueur d'automobiles, mettant à ma disposition pour un parcours déterminé une voiture avec un chauffeur conclut-il avec moi un louage d'ouvrages (Contrat de transport) ou un louage de choses (Capitant, *loc. cit.*)

* * *

On distingue deux sortes d'affichage : l'affichage *en pose simple* c'est-à-dire sur des emplacements non réservés et l'affichage *en conservation* c'est-à-dire sur des emplacements loués (1). Dans le premier cas, l'annonceur moyennant une somme forfaitaire ou proportionnelle au nombre d'affiches charge un individu d'apposer un nombre déterminé d'affiches aux endroits où cela est toléré par les propriétaires : il loue les services de l'individu et il n'y a pas là la moindre trace d'un louage de choses.

Dans le second cas, l'agence a peut-être aussi loué ses services à l'annonceur pour la pose ou la conservation des affiches, mais avant toutes choses, elle lui a concédé la jouissance exclusive d'emplacements plus ou moins déterminés. C'est la définition même de l'affichage *en conservation*. Et il y a là, incontestablement un louage de choses, selon l'article 1709 du Code civil.

La solution est la même lorsque le concessionnaire d'un emplacement quelconque (mur, palissade devant une maison en construction ou des travaux de voirie, cadres placés à l'intérieur de voitures de transports, panneaux placés dans les gares, dans les halls de théâtre ou d'hôtel, colonnes de publicité, etc...) en transmet la jouissance à un tiers. De même encore, quand une agence s'engage à construire un panneau-réclame qu'elle placera sur le toit d'une maison où au milieu d'un terrain, à hisser sur un toit un pavillon aux couleurs d'une firme... etc.

1. O. Gerin, *La publicité suggestive* p. 390 ; P. Dermée et E. Courmont, *Les affaires et l'affiche*, p. 293.

*
* *

Nous pensons donc que dans les contrats d'affichage *en conservation* tels qu'ils sont pratiqués de façon courante, il y a *toujours* un louage de choses.

Mais celui-ci est-il toujours le contrat principal, celui qui déterminera la nature de l'ensemble du contrat (1) ? On ne peut donner une réponse absolue. Si, d'une façon générale le louage de choses est le contrat principal, les services rendus par l'agence peuvent être tels qu'ils relèguent au second plan le louage de l'emplacement. Dans ce cas l'ensemble du contrat est un louage d'industrie.

Envisageons deux hypothèses opposées. Un annonceur qui a remarqué qu'une palissade allait être édiflée devant une maison en démolition située dans une rue très fréquentée estime qu'une affiche annonçant son produit, apposée ou peinte sur tout ou partie de la palissade, constituerait une bonne publicité. Il s'adresse donc au concessionnaire de l'affichage sur cet emplacement.

Celui-ci, moyennant un prix convenu, s'engage à apposer ou à peindre son affiche sur la palissade, à l'entretenir en bon état, et à la remplacer si elle est détériorée.

1. Deux exemples feront comprendre plus aisément cette distinction entre le contrat principal qui paraît être le louage de choses et le contrat accessoire qui est le louage d'industrie. Si, moyennant un prix forfaitaire, j'obtiens d'un propriétaire à la fois la jouissance d'un appartement et l'engagement que la concierge fera mes travaux de ménage, l'ensemble du contrat apparaît nettement comme étant un louage de choses accompagné d'un contrat accessoire de louage de services,

De même si je loue une chambre dans une hôtel meublé, le contrat est triple : il y a un contrat principal qui est un louage de choses (la location de la chambre), et deux contrats accessoires : le louage des services du personnel de l'hôtel et le contrat de dépôt de mes bagages.

Quelle est la nature de ce contrat ? C'est un louage de choses, accompagné accessoirement d'un louage des services du concessionnaire.

En effet, le résultat visé par l'annonceur, c'est d'obtenir le droit d'avoir une affiche sur cet emplacement ; et si le concessionnaire, en même temps qu'il lui transmet ce droit, lui promet les services de son personnel expérimenté pour la pose et l'entretien de l'affiche, c'est afin de lui faciliter la jouissance de l'emplacement.

Le concessionnaire pourrait se contenter de céder ses droits sur la palissade à l'annonceur qui poserait lui-même son affiche : dans ce cas, le contrat serait sans aucun doute un louage de choses. Pourquoi changerait-il de nature quand le concessionnaire promet avec la jouissance de l'emplacement, ses services qui la faciliteront ?

Supposons maintenant qu'un annonceur veuille faire apposer ses affiches dans les voitures de transport d'une compagnie de chemins de fer ou de tramways. A cet effet, il traite avec le concessionnaire de l'affichage sur ces emplacements. Il promet un prix et dépose un certain nombre d'affiches entre les mains du concessionnaire. En raison de la multiplicité et de la dissémination des emplacements d'une part, et d'autre part du fait que ces emplacements ne sont pas situés dans des lieux publics, l'annonceur ne pourrait, sans être aux prises avec de grandes difficultés, poser lui-même ses affiches et surtout les entretenir en bon état.

On peut donc admettre que la prestation principale qu'il escompte de son co-contractant, en échange du prix versé, est son industrie indispensable au bon rendement de la publicité effectuée.

En second lieu, si on se place au point de vue des conces-

sionnaires, on constate que ce serait méconnaître étrangement leur rôle que de les considérer comme des offices spéculant sur les locations d'emplacements.

Les concessionnaires d'affichage, et en général toutes les agences, organisent et réalisent la publicité de leurs clients. Ils ont un personnel nombreux et expert en cet art.

Aussi quand un annonceur, traite avec eux, il est logique de penser que la prestation promise consiste dans les services de ce personnel en vue de la réalisation de la publicité, et que la concession de la jouissance de l'emplacement n'a qu'un rôle secondaire.

* * *

Ces développements expliquent pourquoi la jurisprudence qui, dans certains arrêts a dénommé louages de choses les contrats d'affichage, les a cependant, dans d'autres cas, jugés louages d'industrie.

Ainsi le Tribunal de Paix de Toulouse a jugé que « si « le contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble « concède à un entrepreneur le droit d'affichage sur les « murs est un bail, le contrat par lequel un entrepreneur « s'engage envers ses clients à faire de la publicité pour « eux (en l'espèce, apposer des affiches sur des emplacements déterminés) constitue un louage d'industrie (1) ».

De même le Tribunal civil de la Seine a déclaré que si la concession du droit d'afficher dans les gares était un louage de choses, les restrictions apportées par la Com-

1. Trib. Paix Toulouse, 20 juillet 1920. *Gaz. Trib.*, 1921.2.17.

pagnie de chemins de fer pouvaient lui enlever ce caractère (1).

En l'espèce, les affiches devaient être placées, au gré de la Compagnie et pouvaient être déplacés à sa convenance ; leur nombre dans chaque station était fixé par l'ingénieur en chef de la Compagnie ; enfin la quantité de cadres mis à la disposition de l'annonceur pouvait être diminuée si la place venait à manquer pour les affiches des chemins de fer.

Nous admettons volontiers que des restrictions de ce genre aient pu enlever au louage de choses ses caractères essentiels. Il n'y avait plus en effet, dans cette espèce, obligation de faire jouir le preneur d'une chose, selon l'article 1709 du Code civil. Comme, d'autre part, la Compagnie de chemins de fer avait nettement engagé ses services, le Tribunal, avec raison, a jugé que l'ensemble du contrat était un louage d'ouvrage.

Récemment la Cour de cassation a déclaré successivement « louage de choses » et « louage d'industrie » des contrats passés par un même annonceur.

Dans un premier arrêt (2) elle a retenu des termes du contrat que le « concessionnaire de la publicité de plusieurs Compagnies de chemins de fer ou de tramways » avait loué à l'annonceur des emplacements destinés à « recevoir des plaques de publicité ; et qu'il était stipulé

1. Trib. civ., Seine, 29 juillet 1893. *Journal de l'Enregistrement*, 1894, art. 24.263. Il est à remarquer que dans cette espèce où le louage de services est la partie principale du contrat il s'agit d'une convention passée directement entre un bailleur et un annonceur sans le concours d'un concessionnaire. Mais nous avons indiqué dans notre deuxième partie (*supra*) que parfois le propriétaire d'un nombre important d'emplacements pouvait exploiter lui-même l'affichage et jouer ainsi le rôle d'une agence.

2. Cas. 22 novembre 1922. S. 1924.1.269, *Gaz. Pal.*, 1923.1.53.

« notamment que l'annonceur remettrait au concessionnaire autant de plaques qu'il y aurait d'emplacements à garnir... que le concessionnaire devrait faire remplacer les plaques brisées, détériorées ou volées... que l'annonceur paierait une redevance annuelle par emplacement de plaques... ».

La Cour a jugé qu'il y avait là un louage de choses. —

Puis, dans un autre arrêt (1) alors qu'il s'agissait des mêmes plaques de publicité et d'emplacements analogues, elle a admis que le louage d'industrie était la partie essentielle du contrat : « Considérant (2) qu'il résulte des termes mêmes des conventions passées que l'Agence... procédait de deux méthodes différentes : que tantôt elle a traité avec les propriétaires d'immeubles ou d'emplacements sur lesquels devaient être apposées les affiches ou plaques de publicité, et qu'elle a signé avec les appelantes (les annonceurs) des contrats par lesquels elle s'engageait pour un temps fixé à leur accorder un abonnement de publicité pour un prix déterminé ; moyennant quoi elles étaient autorisées à placer à un certain nombre d'endroits des plaques ou affiches dont la fourniture et l'entretien restaient à leur charge, mais dont elles devaient assurer le nettoyage ; que tantôt aussi elle a concédé ce droit de publicité sur un kiosque qu'elle possédait : que, le plus souvent, là encore, ce droit était accordé, non pas sur telle ou telle partie de l'immeuble spécialement désignée, mais bien seulement pour un certain nombre de plaques qu'elle faisait placer à son

1. Cas. 26 mars 1924. *Gaz. Trib.*, 25 mai 1924. *Rec.*, 1924.1.158.

2. Extrait de l'arrêt de la Cour de Paris du 23 mars 1923 contre lequel l'annonceur s'était pourvu en cassation. La Cour a rejeté le pourvoi.

« gré (1) et dont le concessionnaire était responsable...
« que de l'ensemble de ces clauses il résulte que la conven-
« tion passée était exclusive du droit de bail à loyer... et
« qu'elle rentre bien dans la définition du contrat précisé
« par les articles 1740 et 1779 du Code civil, en vertu
« duquel l'entrepreneur de publicité s'engageait à procurer
« au concessionnaire un emplacement pour ses affiches, à
« en assurer souvent la pose et toujours le nettoyage,
« c'est-à-dire à faire quelque chose pour lui, moyennant
« le prix convenu de l'abonnement... ».

Si l'on compare les deux arrêts on comprend assez peu que la Cour ait pu juger aussi différemment deux espèces où les traits communs étaient nombreux. Elle a attaché une importance primordiale au fait, que, dans le second cas, l'agence s'était engagée à veiller à la conservation et à l'entretien des plaques de publicité. Cette clause du contrat que dans l'hypothèse précédente elle avait jugée accessoire a déterminé la Cour à juger que l'ensemble du contrat était un louage d'industrie.

* * *

On voit combien il est difficile de déterminer d'une façon précise la nature du contrat conclu entre l'annonceur et l'agent, quand ce dernier promet, outre la jouissance de l'emplacement, ses services pour la pose et la conservation des affiches.

Nous pouvons conclure que la Cour de cassation en jugeant différemment ces deux espèces analogues, à des

1. On a vu que l'indétermination de l'emplacement n'empêchait pas le contrat de demeurer un louage de choses.

dates très rapprochées, paraît avoir évolué vers la solution du louage d'ouvrage.

Cette tendance nous paraît excellente, surtout quand l'agent ne se contente pas, comme dans l'hypothèse présente de louer à l'annonceur son industrie, en vue d'une publicité par l'affichage, mais quand l'agent loue à l'annonceur son industrie pour organiser une campagne où tous les modes de publicité seront simultanément utilisés. Cette hypothèse, qui est la plus fréquente est l'objet du cinquième chapitre.

§ II. — Conséquences

Quand le concessionnaire se borne à transférer à l'annonceur la jouissance d'un emplacement, il y a sous-location : les règles applicables sont celles que nous avons exposées à propos du contrat conclu directement entre l'annonceur et le propriétaire.

Mais nous savons qu'il en est rarement ainsi et que la fonction normale des intermédiaires de publicité, en matière d'affichage consiste à louer leur industrie pour la pose et l'entretien des affiches de leurs clients.

Le contrat conclu à cette occasion, nous le savons également, n'est pas exactement un louage d'industrie, comme le serait le contrat par lequel un agent de publicité promettrait d'apposer des affiches en *pose simple*.

C'est un contrat mixte, à la fois louage d'industrie et louage de choses.

Les difficultés relatives à l'interprétation du louage de choses, c'est-à-dire de la concession de la jouissance de l'emplacement, ont déjà été étudiées dans notre deuxième partie, relative aux contrats d'affichage conclus directement

entre l'annonceur et le publicateur. Nous nous occuperons ici uniquement du louage d'industrie, c'est-à-dire de la pose et de l'entretien des affiches.

1° COMMERCIALITÉ DU CONTRAT

Vis-à-vis du concessionnaire le contrat est toujours commercial. Le concessionnaire étant un agent d'affaires, tous les actes constituant son entreprise sont commerciaux.

Vis-à-vis de l'annonceur, le contrat est tantôt civil, tantôt commercial, dans les mêmes cas que le contrat conclu directement avec le propriétaire.

2° OBLIGATIONS DU CONCESSIONNAIRE

Que promet le concessionnaire ? D'abord d'apposer les affiches, non pas n'importe où, comme dans l'affichage en *pose simple* mais sur des emplacements déterminés dont il a acquis la jouissance exclusive, ensuite de les entretenir en bon état pendant un temps déterminé.

On remarquera combien ce contrat est différent des contrats précédemment étudiés. Néanmoins nous retrouvons en lui les mêmes caractéristiques que nous avons données, dans notre première partie, comme étant le trait commun à tous les contrats de publicité : *le concessionnaire promet à l'annonceur de réaliser des actes de publicité*. Il aura satisfait à ses engagements dans la mesure où la publicité réalisée par ses soins aura les qualités prévues par les parties au moment de la conclusion du contrat. Et si, pour une cause quelconque, l'acte de publicité ne peut plus être réalisé, le contrat sera résilié, sans dédommage-

ment s'il y a force majeure et avec dommages-intérêts s'il y a faute.

Tels sont les principes généraux à appliquer en la matière. Signalons plus particulièrement une difficulté qui se présente fréquemment.

L'article 16 du Code des Usages stipule « Le défaut d'affichage dans un cadre ou emplacement ne peut donner droit à une indemnité, ni être une cause d'interruption dans les paiements, ni entraîner la résiliation du contrat; il ne peut donner lieu qu'à une réduction proportionnelle sur le « montant de la commande ». Le Code des Usages fait allusion à l'hypothèse où le concessionnaire dispose d'un grand nombre d'emplacements de même genre (le concessionnaire de l'affichage d'une société de transports par exemple) et promet à l'annonceur d'apposer ses affiches sur plusieurs de ces emplacements. Si, un jour, l'annonceur remarque que le concessionnaire a omis d'apposer *une* des affiches prévues au contrat, le Code des Usages lui interdit de demander la résiliation pour ce motif. Or, en droit strict, si le concessionnaire a promis l'apposition de vingt affiches et s'il n'en a apposé que dix-neuf, il n'a pas tenu ses engagements: le contrat peut être résilié à ses dépens, selon l'article 1184 du Code civil. Cependant, si les vingt emplacements sont identiques, comme l'inexécution ne porte que sur la vingtième partie de l'objet du contrat, le juge pourra considérer que le motif invoqué est insuffisant pour entraîner la résiliation d'un contrat dont la majeure partie a été exécutée.

En tous cas, la solution donnée, en termes généraux, par le Code des Usages ne vaut que si le concessionnaire a eu soin d'insérer une clause la contenant, dans son contrat.

Il arrive également que le concessionnaire s'aperçoit, au moment d'exécuter sur contrat, qu'il ne peut disposer d'un des emplacements désignés par l'annonceur. S'il dispose d'emplacements voisins de même nature et de même valeur au point de vue de la publicité, il peut apposer les affiches de son client, à moins que celui-ci n'ait expressément obtenu la promesse d'emplacements déterminés d'une façon précise. Dans ce cas le concessionnaire, qui par sa faute, ne peut exécuter son engagement, est responsable. Le Code des Usages (art. 18) dit que le contrat, en ce qui concerne l'emplacement que le concessionnaire ne peut fournir, est annulé purement et simplement sans donner droit à aucune indemnité. Cette solution est contraire à l'article 1184 du Code Civil ; mais un concessionnaire prudent ne manquera pas de l'insérer dans son contrat.

3° OBLIGATIONS DE L'ANNONCEUR

La principale obligation de l'annonceur consiste à payer le prix fixé au contrat.

En outre, l'annonceur doit mettre le concessionnaire en état de remplir ses obligations. A cet effet il doit lui fournir les affiches qui doivent être apposées ou qui sont nécessaires au remplacement de celles venant à se détériorer ou à disparaître.

Toutes les affiches doivent être remises timbrées conformément à la loi.

Si l'annonceur ne remet pas les affiches en temps utile ou refuse de les remettre, il n'exécute pas son obligation.

Le concessionnaire est en droit, dans ce cas, de demander la résiliation du contrat avec dommages-intérêts.

Mais, du moment où il n'a apposé aucune affiche, c'est-à-dire fait aucune publicité pour l'annonceur, il ne saurait prétendre qu'il a exécuté son contrat, et en conséquence réclamer le prix à l'annonceur.

Son droit se borne à demander la résiliation du contrat aux torts de l'annonceur.

CHAPITRE IV

L'AGENCE D'AFFICHAGE

Quand le propriétaire est un particulier qui ne possède qu'un petit nombre ou même qu'un seul emplacement, il se contente d'en tirer parti en le louant à un annonceur ou à un concessionnaire suivant le système du chapitre précédent. Mais s'il s'agit du propriétaire d'un grand nombre d'emplacements, compagnie de transports, entrepreneurs de travaux de voirie, etc... au lieu de les céder à un concessionnaire, il peut les exploiter lui-même et en tirer bénéfice. Pour cela il pourra traiter directement avec les annonceurs. Mais souvent, il traitera avec une agence d'affichage.

Dans la pratique, on emploie indifféremment les expressions « agence d'affichage » et « concessionnaire d'affichage » quand il s'agit de l'hypothèse présente, ou de l'hypothèse du chapitre précédent.

Afin d'éviter toute confusion, nous continuerons à nommer « concessionnaire d'affichage » l'intermédiaire qui a acquis du propriétaire, moyennant un prix forfaitaire, le droit d'exploiter l'affichage et nous appellerons « agent d'affichage » l'intermédiaire qui, sans exploiter lui-même l'affichage, traite en son propre nom avec les annonceurs et pour le compte du propriétaire.

On voit déjà les traits communs aux contrats de publicité par la presse et aux contrats d'affichage : le conces-

sionnaire correspond au fermier d'annonces, l'agent d'affichage à l'agent de publicité par la presse.

Ceci est d'autant plus exact que l'agent d'affichage joue un rôle analogue à celui de l'agent de publicité. Là encore nous distinguons deux espèces.

Dans une première espèce, l'agent qui est en rapports constants avec les annonceurs loue au propriétaire les emplacements dont sa clientèle peut avoir besoin ou qu'elle l'a chargé de louer.

En sa qualité d'intermédiaire, il obtient du propriétaire soit des prix de faveur, soit une commission sur les prix forts.

Le contrat est de même nature que s'il était conclu directement entre ce même propriétaire et un annonceur ou mieux un concessionnaire d'affichage. C'est un louage de choses.

Dans une seconde espèce, le propriétaire a réglé avec l'agent la façon dont ils exploiteront en commun l'affichage, à l'avenir :

Le propriétaire a promis à l'agent une rémunération sur les locations d'emplacements effectuées par son entreprise.

Il a pu s'engager, en outre, à n'avoir recours qu'à ses seuls services.

L'agent, de son côté a promis, de rechercher les ordres des annonceurs avec les soins d'un bon commerçant. Mais il a pu aussi s'engager à atteindre un certain chiffre d'affaires. Il traitera avec les annonceurs, généralement en son nom, mais pour le compte du propriétaire. Enfin il sera indépendant et pourra offrir ses services à plusieurs propriétaires à la fois.

A notre sens, ce contrat est un contrat de commission analogue à celui que nous¹ avons rencontré en matière d'annonces, l'agent qui, dans un but professionnel est chargé de louer à des tiers les emplacements appartenant à un propriétaire, moyennant une rémunération, est un commissionnaire selon l'article 94 du Code de commerce (1). Les règles que nous avons admises à propos de contrat de commission dans la presse sont applicables au contrat de commission dans l'affichage.

*
* * *

Cette analogie se retrouve dans les rapports de l'annonceur et de l'agent d'affichage.

Tantôt l'annonceur charge l'agent de louer des emplacements : il y a alors contrat de commission.

Tantôt l'annonceur loue à l'agent des emplacements qui n'appartiennent pas à ce dernier mais qui peuvent néanmoins être donnés à bail par lui, puisque le propriétaire l'en a chargé. Commissionnaire du propriétaire, l'agent, *en son propre nom*, donne les emplacements à bail à l'annonceur.

1. A titre d'exemple, citons un contrat passé entre une Compagnie de Chemin de fer et un agent d'affichage, et, qui est mentionné dans un jugement du Tribunal civil de la Seine du 29 décembre 1923 (inédit).

La compagnie avait concédé à l'agent « le droit exclusif de faire « pratiquer toutes les publicités commerciales et industrielles sur « son réseau actuel ou futur, savoir, au verso des billets de voyageurs, dans les gares, stations et haltes, dans l'intérieur des voitures et sur les bâtiments et dépendances de ladite Compagnie, aux « emplacements arrêtés avec celle-ci ». L'agent traitait avec les annonceurs en son nom et versait à la Compagnie 50 o/o du montant des contrats. Le tribunal n'a pas défini la nature du contrat mais a jugé qu'il n'y avait pas louage de choses « attendu que le partage des « bénéfices n'est pas un prix de location ».

Ces situations ne sont pas nouvelles. Ce sont celles que nous avons trouvées dans les contrats conclus par les intermédiaires de presse. Il est inutile d'y revenir.

Ajoutons enfin que l'agent, comme le concessionnaire, peut aussi louer son industrie à l'annonceur pour la pose et l'entretien des affiches.

CHAPITRE V

RAPPORTS DE L'ANNONCEUR ET DE L'INTERMÉDIAIRE CHARGÉ D'ORGANISER SA PUBLICITÉ.

Nous allons maintenant envisager le cas où l'agent, moyennant un prix global, promet à l'annonceur d'organiser une campagne de publicité qui comprendra non seulement les différentes hypothèses envisagées aux chapitres précédents, mais d'une façon générale, les nombreux modes de publicité dont la pratique fait usage.

L'agent dira à l'annonceur : « j'ai étudié avec le plus
« grand soin les divers services de votre maison, je pense
« qu'il serait de votre intérêt de consacrer chaque année
« telle somme à la publicité. Mais tous les modes de publi-
« cité n'ont pas la même valeur à l'égard d'une maison
« de commerce et le chef d'entreprise qui méconnaît ce
« principe et qui dépense à tort et à travers ses crédits
« destinés à la publicité, est voué à la ruine. Au contraire,
« moi, publicitaire, qui prétend connaître mon métier, je
« suis en mesure de vous indiquer la façon la plus pro-
« ductive et la moins coûteuse de faire votre publicité.
« Dans cette intention, j'ai rédigé un plan de campagne
« dans lequel j'ai partagé entre les modes de publicité qui

« conviennent à votre entreprise, la somme que, selon
« moi, vous devez dépenser dans ce but. Si ce plan vous
« convient et si vous l'adoptez, j'organiserai votre cam-
« pagne. Je) ferai apposer des affiches sur les murs des
« grandes villes et sur des emplacements dont je m'assu-
« rerai la jouissance pour la durée de la campagne ; les
« grands quotidiens de Paris, les journaux de province
« et certaines revues choisies publieront en termes variés
« votre annonce ; je rédigerai pour ces mêmes journaux
« des articles élogieux où votre produit sera adroitement
« vanté ; des hommes-sandwich dont les pancartes por-
« teront le nom de votre marque, parcoureront les boule-
« vards ; les personnes susceptibles de devenir vos clients
« recevront des lettres, et des prospectus ; les détaillants
« recevront des catalogues, des calendriers et d'autres ob-
« jets que je me charge de faire confectionner ; j'installe-
« rai même votre étalage et ferai construire une enseigne
« lumineuse... Vous n'aurez qu'à m'ouvrir le crédit promis,
« dont je vous rendrai un compte exact. Vous n'aurez pas
« à me verser la moindre commission, puisque je trouve-
« rai mon bénéfice autre part. Et vous n'aurez à vous
« occuper de rien. C'est moi qui louerai les emplacements ;
« c'est moi qui ferai dessiner, imprimer et poser vos
« affiches ; c'est moi qui engagerai les hommes-sandwich ;
« c'est moi qui rédigerai vos annonces et vos articles
« élogieux, etc... Je ferai, en un mot, tout ce qui est
« indiqué au plan que je vous demande d'approuver. »

Quelle est la nature du contrat ainsi conclu entre l'an-
nonceur et l'agent ?

Parmi les faits promis par l'agent, nous pouvons en
relever deux qui ne nous sont pas inconnus : ceux qui
sont relatifs à la Presse et à l'affichage. Nous savons qu'en

les promettant moyennant un prix, l'agent a conclu tantôt un contrat de commission, tantôt un louage d'industrie.

Or, si on examine chacune des promesses de l'agent, on arrive toujours à des résultats analogues. Tantôt l'agent est le commissionnaire de l'annonceur, tantôt il est son locateur d'industrie.

Mais quand est-il l'un et l'autre ?

Quand l'agent promet à l'annonceur le fait d'un tiers, il est le commissionnaire de l'annonceur. Il en est ainsi quand il s'engage à faire insérer des annonces dans les journaux publiés par les tiers, quand il promet de s'assurer la jouissance d'emplacements appartenant à des tiers, quand il se charge de traiter avec des imprimeurs de catalogues et prospectus, des dessinateurs d'affiches, des fabricants d'objets-réclames.

Au contraire, quand l'agent promet à l'annonceur sa propre industrie ou quand il promet l'industrie d'un tiers qui l'en a expressément chargé, il joue, vis-à-vis de l'annonceur le rôle d'un entrepreneur. Il en est ainsi quand il s'engage à insérer des annonces dans un journal dont il est le propriétaire ou le fermier, ou dont le publicateur lui a confié le soin, par un contrat de commission, de traiter avec les annonceurs ; quand il se charge d'apposer des affiches soit en pose simple, soit en conservation sur des emplacements dont il a acquis la jouissance : quand il met à la disposition de l'annonceur ses hommes-sandwich, ses clicheurs, ses dessinateurs et en général tous ses préposés.

Ainsi, la complexité du contrat ne permet pas d'en donner une appellation unique. Les difficultés ne pourront être résolues qu'en isolant leur cause ; si celle-ci est relative à la promesse du fait personnel de l'agent, on devra

la considérer comme provenant d'un louage d'industrie ; si elle est relative au fait d'autrui, promis par l'agent, on la considérera comme provenant d'un contrat de commission.

Vu : le Président de la thèse,
RIPERT

Vu : le Doyen,
BERTHÉLEMY

Vu et permis d'imprimer
le Recteur de l'Académie de Paris,
APPELL

OUVRAGES CITÉS

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ALAUZET. — *Commentaire du Code de Commerce*, 3^e édit., 8 vol.
Paris, 1879.
- AGNEL. — *Code des propriétaires et locataires*. Paris, 1908.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 5^e édition.
- BARBIER. — *Code expliqué de la presse*, 2^e édit. Paris, 1911.
- BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU — *Des biens*. Paris, 1905.
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — *Du contrat de louage*, 3^e édit.
2 volumes. Paris, 1906.
- BÉDARRIDE. — *Commentaire du Code de Commerce, Des commissions*, 2^e édit. Paris. 1892.
- BEUDANT. — *Cours de droit civil français: la vente et le louage*.
Paris, 1908.
- BOISTEL. — *Précis de droit commercial*, 3^e édit. Paris, 1884.
- BOUTEAUX et CHABROL. — *Traité des fonds de commerce*. Paris,
1905.
- BRAVARD-VEYRIÈRES. — *Traité de droit commercial* annoté par
DEMANGEAT, 2^e édit., 6 vol. Paris, 1892.
- CAPITANT (H.). — *De la cause des obligations*. Paris, 1923.
- COLIN et CAPITANT. — *Traité élémentaire de droit civil*, 3 vol.
- DELAMARRE et LE POITTEVIN. — *Traité de droit commercial*, 6 vol.
Paris, 1861.
- DURANTON. — *Cours de droit français suivant le Code civil*, 22 vol.
Paris, 1884.
- DUTRUC (G.). — *Explication pratique de la loi du 29 juillet 1881
sur la presse d'après les travaux parlementaires et la
jurisprudence*. Paris, 1882.
- DUVERGIER (Toullier). — *Le droit civil français suivant l'ordre du
Code civil*, 6^e édit., 7 vol. Paris, 1845-1847.
- FABREGUETTES. — *Traité des délits politiques et des infractions
par la parole, l'écriture, et la presse*, 2^e édition, 2 vol.
Paris, 1901.
- GRATTIER. — *Commentaire sur les lois de la presse*, 2 vol. Paris,
1847.
- GUILLOUARD. — *Traité du contrat de louage*, 3^e édit., 2 vol.
Paris, 1891.

- HUC. — *Commentaire du Code civil.*, 15 vol. Paris, 1892 à 1903.
- JAUBERT (J.). — *Le droit de réponse en matière de presse.* Paris, thèse 1901.
- LACOUR (L.). — *Précis de droit commercial*, 2^e édit., 2 vol. Paris, 1921.
- LAURENT. — *Principes du droit civil français*, 33 vol., 5^e édit. Bruxelles.
- LÈBRE. — *Traité général des fonds de commerce.* Paris, 1887.
- LE POITTEVIN (G.). — *Traité de la presse*, 2 vol. Paris, 1902.
- LYON-CAEN et RENAULT (L.). — *Traité de Droit commercial*, 4^e édit., 8 vol. Paris, 1901-1916.
- MEUNIER (H.). — *Jurisprudence des baux à loyers*, 2 vol. Paris, 1920.
- MOLINIER. — *Traité de droit commercial.*
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*, 7^e édit., 3 vol. Paris, 1917.
- PONT (Paul). — *Commentaire-traité des Petits Contrats.*
- POTHIER. — *Œuvres annotées par Bugnet*, 2^e édit. Paris, 1861-1862.
- RIGAUD et CHAMPONNIÈRE. — *Traité des droits d'enregistrement.*
- RUBEN DE COUDER. — *Dictionnaire de droit commercial*, 8 vol. Paris, 1881.
- SAURET (A.). — *De la responsabilité des journaux en matière d'annonces.* Paris, thèse 1904.
- THALLER (E.). — *Traité élémentaire de droit commercial*, 6^e édit., revue par Percerou (J.) Paris, 1922.
- TROPLONG. — *Commentaire des Titres du Code civil de l'échange et du louage*, 3^e édit., 2 vol. Paris, 1859.
- VALÉRY (I.). — *Des contrats par correspondance.* Paris, 1895.

OUVRAGES SUR LA PUBLICITÉ

- ALBUCHER (G.). — *La publicité commerciale au point de vue juridique.* Paris, thèse 1923.
- ANGÉ (L.). — *Manuel de publicité.* Paris, 1922.
- CHAMBONNAUD. — *Les affaires et l'annonce.*
— *Les affaires et leur lancement.* Paris, 1922.
- DERMÉE (P.) et COURMONT (E.). — *Les affaires et l'affiche*, t. VIII de la *Technique des affaires*, publiée par Chambonnaud. Paris, 1922.
- DREYFUS. — *Annuaire de la publicité*, année 1893.
- DUPLAT. — *Le Journal, sa vie juridique, ses responsabilités civiles.* Bruxelles, 1909.

- FELTAINE (Ed.). — *La publicité commerciale*. Caen, thèse 1903.
 FONTRIX (B.) et GUÉRIN (A.). — *La publicité méthodique*. Paris, 1922.
 GÉRIN (O.). — *Précis intégral de publicité*.
 GÉRIN (O.) et ESPINADEL (C.). — *La publicité suggestive*. Paris, 1911.
 HÉMET (D. C. A.). — *Traité pratique de publicité commerciale, et industrielle*, 2 vol. Paris, 1922.
 JAMAKORZIAN (R.). — *De la publicité commerciale en France*. Paris, thèse 1911.

PÉRIODIQUES ET RÉPERTOIRES

Annales de Droit commercial. — *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire* publiées par Pataille. — *Atlas*. — *La Belgique judiciaire*. — *Bulletin de la Chambre syndicale de publicité*. — *Bulletin de la Cour d'appel de Paris*. — *Dalloz, jurisprudence générale*. — *Dictionnaire de l'enregistrement*. — *Le Droit*. — *France judiciaire*. — *Gazette judiciaire commerciale de Lyon*. — *Gazette du Palais* (journal et recueil). — *Gazette des tribunaux* (journal et recueil). — *Gazette des tribunaux du Midi*. — *Journal de l'Enregistrement*. — *Journal des faillites*. — *Journal des tribunaux de commerce*. — *La loi*. — *Moniteur judiciaire de Lyon*. — *Moniteur judiciaire du Midi*. — *Moniteur des juges de paix*. — *Pandectes françaises*. — *Pandectes périodiques belges*. — *Pasicrisie belge*. — *La publicité*. — *La publicité moderne*. — *Recueil de jurisprudence de la Cour d'appel d'Angers*. — *Recueil de jurisprudence de la Cour d'Amiens*. — *Recueil des arrêts de la Cour de Bordeaux*. — *Jurisprudence commerciale et maritime du Havre*. — *Journal de Jurisprudence commerciale et maritime de Marseille*. — *Jurisprudence commerciale et maritime de Nantes*. — *Recueil de jurisprudence de Caen et de Rouen*. — *Répertoire général alphabétique du droit français* (Fuzier-Herman). — *Dalloz. Répertoire de Législation et de Jurisprudence*. — *Dalloz. Répertoire pratique de législation, de Doctrine et de Jurisprudence*. — *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*. — *Revue de l'enregistrement, du timbre et des domaines*. — *Revue des justices de paix*. — *Revue des loyers*. — *Revue trimestrielle du Droit civil*. — *Sirey. Recueil général des lois et des arrêts*. — *Thémis*. — *Vendre*.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	I

PREMIÈRE PARTIE

Définition du contrat de publicité

Les Moyens de publicité.....	9
Le Contrat de publicité.....	17
Nature juridique du contrat de publicité.....	23
Théorie de la clientèle publicitaire.....	25

DEUXIÈME PARTIE

Les Contrats d'affichage conclus directement entre l'annonceur et le propriétaire

CHAPITRE PREMIER. — <i>Analyse et nature juridique du contrat</i>	36
§ 1 ^{er} . — Les droits du concessionnaire de l'affichage ne seraient-ils pas ceux d'un simple créancier ?.....	36
§ 2. — Les Contrats d'affichage, en principe, sont des contrats de louage de choses selon l'article 1709 du Code civil.....	41
§ 3. — Objet du contrat.....	47
CHAPITRE II. — <i>Commercialité du contrat</i>	50
§ 1 ^{er} . — De la commercialité des contrats d'affichage vis-à-vis de l'annonceur.....	50
§ 2. — De la commercialité des contrats d'affichage vis-à-vis du bailleur de l'emplacement.....	55
CHAPITRE III. — <i>Formation et conditions de validité des contrats</i>	58
Section I. — Généralités.....	58
Section II. — Qui peut être bailleur d'un emplacement propre à l'affichage.....	60

§ 1 ^{er} . — Propriétaires et locataires.....	62
§ 2. — Propriétaires et usufruitiers, usagers, etc.....	71
§ 3. — L'affichage sur les murs mitoyens.....	73
CHAPITRE IV. — <i>Obligations des parties</i>	77
Section I. — Obligations du bailleur.....	78
§ 1 ^{er} . — Troubles du bailleur. La question de l'exclusion.....	79
§ 2. — Trouble des tiers.....	85
Section II. — Obligations du preneur.....	87
CHAPITRE V. — <i>La Sous-location</i>	90
CHAPITRE VI. — <i>Fin du contrat</i>	94
§ 1 ^{er} . — Expiration du temps fixé.....	95
§ 2. — La perte de la chose louée.....	98
§ 3. — La Faillite et la liquidation judiciaire.....	101
§ 4. — La prorogation de la loi du 9 mars 1918.....	103

TROISIÈME PARTIE

Les Contrats de publicité par la Presse
conclus directement entre l'annonceur et le publicateur

CHAPITRE PREMIER. — <i>Analyse et nature juridique du contrat</i>	109
Analyse du contrat de publicité.....	110
Nature du contrat.....	111
La théorie du louage d'ouvrage.....	117
Critique de la théorie du louage d'ouvrage.....	119
La théorie du journal-mur.....	121
Importance de la cause et de l'objet du contrat.....	124
CHAPITRE II. — <i>Commercialité du contrat</i>	129
§ 1 ^{er} . — De la commercialité du contrat à l'égard de l'annonceur.....	129
§ 2. — De la commercialité du contrat à l'égard du publicateur.....	131
CHAPITRE III. — <i>Formation et conditions de validité des contrats</i>	135
§ 1 ^{er} . — Formes du contrat et modes de preuve.....	135
§ 2. — Conditions de validité.....	136
§ 3. — La Question de la justification des tirages.....	140
CHAPITRE IV. — <i>Obligations des parties</i>	147
Section I. — Obligations du publicateur.....	147
§ 1 ^{er} . — La parution de l'annonce.....	148

§ 2. — Conditions de la parution de l'annonce.....	155
Section II. — Obligations de l'annonceur.....	162
CHAPITRE V. — <i>L'Intuitus personnae et ses conséquences...</i>	169
§ 1 ^{er} . — La Cession à un tiers du droit de l'annonceur..	172
§ 2. — Le Droit de refuser les annonces.....	176
§ 3. — Le Droit de réponse à une annonce.....	180
§ 4. — La responsabilité du publicateur.....	182
CHAPITRE VI. — <i>Fin du contrat</i>	186
§ 1 ^{er} . — L'Expiration du temps fixé. — La tacite recon- duction.....	187
§ 2. — L'Inexécution de ses engagements par l'une des parties	189
§ 3. — La Faillite et la liquidation judiciaire.....	190
4. — La Résiliation par la volonté unilatérale de l'an- nonceur	191

QUATRIÈME PARTIE

Les Intermédiaires de publicité

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — <i>Les préposés et les courtiers...</i>	197
CHAPITRE PREMIER. — <i>Les contrats d'affermage</i>	201
Section I. — Rapports du fermier d'annonces et du publi- cateur.....	201
§ 1 ^{er} . — Analyse et nature juridique du contrat.....	201
§ 2. — Conséquences.....	206
Section II. — Rapports du fermier d'annonces et de l'an- nonceur.....	213
CHAPITRE II. — <i>L'Agence de publicité (presse)</i>	215
Section I. — Rapports de l'agence de publicité et du pu- blicateur.....	215
§ 1 ^{er} . — Analyse et nature juridique du contrat.....	215
§ 2. — Conséquences.....	232
Section II. — Rapports de l'agence de publicité et de l'annonceur.....	239
§ 1 ^{er} . — Analyse et nature juridique du contrat.....	239
§ 2. — Conséquences.....	246
CHAPITRE III. — <i>La Concession d'affichage</i>	250
Section I. — Rapports du concessionnaire et du proprié- taire d'emplacements.....	250
Section II. — Rapports du concessionnaire et de l'an- nonceur.....	252

§ 1 ^{er} . — Analyse et nature juridique du contrat.....	252
§ 2. — Conséquences.....	261
CHAPITRE IV. — <i>L'agence d'affichage</i>	266
CHAPITRE V. — <i>Rapports de l'annonceur et de l'intermédiaire chargé d'organiser sa publicité</i>	270
Ouvrages cités	275

Imprimerie Jouve et C^{ie}, 15, rue Racine, Paris. — 6661-25
